DEBTORS AND CREDITORS SHARING THE BURDEN:

A Review of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act*

Report of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce

Chair
The Honourable Richard H. Kroft

Deputy Chair
The Honourable David Tkachuk

November 2003

Ce rapport est aussi disponible en français.

Des renseignements sur le Comité sont donnés sur le site:

www.senate-senat.ca/bancom.asp

Information regarding the Committee can be obtained through its web site:

www.senate-senat.ca/bancom.asp

104-01656/

Table of Contents

The Committee vi

Order of Reference viii

Recommendations ix

Acknowledgement xxiv

Chapter One

Introduction 1

Chapter Two

The Committee's Philosophy with respect to Insolvency Law 5

Chapter Three

Insolvency Legislation and Why It Is Needed 9

A. The Socio-Economic Importance of Insolvency Laws 9

B. The Magnitude and Nature of the Problem 11

C. The *Bankruptcy and Insolvency Act* 15

D. The *Companies' Creditors Arrangement Act* 17

Chapter Four

Consumer Insolvency Issues 19

A. Federal Exempt Property 19

B. Exemptions for RRSPs and RESPs 24

C. Reaffirmation Agreements 33

D. Summary Administration 37

E. Non-Purchase Money Security Interests in Personal Exempt Property 40

F. Mandatory Counselling 43

G. Consumer Liens 46

H. Student Loans 48

I. Discharge from Bankruptcy and the Treatment of Second-Time Bankrupts 57

J. Contributions of Surplus Income to the Bankrupt's Estate 60

K. Voluntary Agreements to Make Post-Discharge Payments 63

L. Non-Dischargeable Credit Card Purchases 66
M. International Insolvency 68
N. Debt Forgiveness by the Canada Customs and Revenue Agency 71
O. *Ipso Facto* Clauses 74
P. Credit Reporting 76
Q. Inadvertent Discharge of Selected Claims in Proposals 80
R. Bankruptcy and Family Law 82

Chapter Five

Commercial Insolvency Issues

A. Compensation Protection: Wages and Pensions 87
B. Debtor-in-Possession Financing 100
C. The Rights of Unpaid Suppliers 105
D. Cross-Border Insolvencies 112
E. Director Liability 118
F. Transfers at Undervalue and Preferences 121
G. Bankruptcies by Securities Firms 124
H. Financial Market Issues 126
I. Insolvency Practitioner Liability as a Successor Employer 129
J. Executory Contracts 131
K. Workers' Compensation Board Premiums 139
L. Interim Receivers 144
M. Going Concern and Asset Sales 146
N. Governance 149
O. Plan Approvals 151
P. Priorities 153
Q. Insolvency of Other Vehicles 154
R. Income Tax 156
S. Subordination of Equity Claims 158
T. Administrative Tribunals and Stays of Proceedings 160

Chapter Six

Administrative and Procedural Issues

A. Volume of Filings, Access to the Process and Funding of the Office of the Superintendent of Bankruptcy 163

B. Consolidation of Insolvency Statutes 170

C. Statutory Review of Insolvency Legislation 174

D. A Specialized Judiciary 178

E. Issues of Costs 181

F. Conflicts of Interest 184

G. The Definition of Income 186

H. The Definition of Consumer Debtor 190

I. Selection of the Bankruptcy Trustee 193

J. Non-Arm's Length Creditor Voting Rights 194

K. Debts Not Released by an Order of Discharge 197

Chapter Seven

Conclusion 199

Appendix A

The *Winding-Up and Restructing Act* and the *Farm Debt Mediation Act* 201

Appendix B

The Evolution of Insolvency Legislation in Canada 205

Appendix C

The Report by Industry Canada 214

Appendix D

An International Perspective on Insolvency Law 227

Appendix E

Witnesses and Submissions 237

The Committee

The following Senators have participated in the study:

The Honourable Richard H. Kroft, C.M., Chair of the Committee
The Honourable David Tkachuk, Deputy Chair of the Committee

and

The Honourable Senators:

W. David Angus
Michel Biron, C.M.
D. Ross Fitzpatrick
Céline Hervieux-Payette, P.C.
James F. Kelleher, P.C.
E. Leo Kolber (past Chair of the Committee)
Paul J. Massicotte
Michael A. Meighen
Wilfred P. Moore
Donald H. Oliver
Marcel Prud'homme, P.C.
Raymond C. Setlakwe, C.M. (retired from the Senate on July 3, 2003)

Ex-officio members of the Committee:

The Honourable Senators: Sharon Carstairs, P.C. (or Fernand Robichaud, P.C.) and John Lynch-Staunton (or Noël A. Kinsella)

Other Senators who have participated from time to time on this study:

The Honourable Senators Maria Chaput, Leonard J. Gustafson, Pana Merchant and Madeleine Plamondon

Staff of the Committee:

Mr. Yoine Goldstein, Special Advisor to the Committee, Partner, Goldstein, Flanz & Fishman

Ms. June M. Dewetering, Acting Principal, Parliamentary Research Branch, Library of Parliament

Mr. Denis Robert, Clerk of the Committee, Committees and Private Legislation Directorate, The Senate

Mrs. Kelly J. Bourassa, Barrister and Solicitor, Policy Advisor to the Chair

Ms. Rhonda Walker, Policy Advisor to the Deputy Chair

Order of Reference

Extract from the *Journals of the Senate* of October 29, 2002:

"The Honourable Senator Kolber moved, seconded by the Honourable Senator Bacon:

That in accordance with the provisions contained in section 216 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and in section 22 of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce be authorized to examine and report on the administration and operation of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act*; and

That the Committee submit its final report no later than June 19, 2003.

The question being put on the motion, it was adopted."

Extract from the *Journals of the Senate* of May 15, 2003:

"Resuming debate on the motion of the Honourable Senator Kolber, seconded by the Honourable Senator Rompkey, P.C.:

That the date for the presentation by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce of the final report on its study on the administration and operation of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act,* which was authorized by the Senate on October 29, 2002, be extended to Thursday, December 18, 2003.

After debate,

The question being put on the motion, it was adopted."

Paul Bélisle
Clerk of the Senate

Recommendations

Consumer Insolvency:

Federal Exempt Property:

1. **The Bankruptcy and Insolvency Regulations be amended to provide a list of federal exempt property. The debtor should be required to choose, at the time of filing for bankruptcy and in its entirety, either the list of federal exempt property or the list of provincial/territorial exempt property available in his or her locality. The value of the property in the list of federal exempt property should be increased annually in accordance with increases in the cost of living as measured by the Consumer Price Index. (page 23)**

Exemptions for RRSPs and RESPs:

2. **The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to exempt funds in all Registered Retirement Savings Plans from seizure in bankruptcy, provided that three conditions are met: the Registered Retirement Savings Plan is locked in; contributions made to the Registered Retirement Savings Plan in the one-year period prior to bankruptcy are paid to the trustee for distribution to creditors; and the exempt amount is no greater than a maximum amount to be set by regulation and increased annually in accordance with increases in the cost of living as measured by the Consumer Price Index. (page 29)**

3. **The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to exempt funds in a Registered Education Savings Plan from seizure in bankruptcy, provided that two conditions are met: the Registered Education Savings Plan is locked in; and contributions made to the Registered Education Savings Plan in the one-year period prior to bankruptcy are paid to the trustee for distribution to creditors. (page 32)**

Reaffirmation Agreements:

4. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to prohibit reaffirmation by conduct or by express agreement. (page 36)

Summary Administration:

5. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be reviewed in order to eliminate all unnecessary procedural requirements and to provide parties to a bankruptcy with an opportunity – to the extent possible – to choose their level of involvement in accordance with a "by exception rather than by rule" approach. Moreover, the use of electronic communication should be encouraged in order to simplify and expedite the insolvency process. (page 39)

Non-Purchase Money Security Interests in Personal Exempt Property:

6. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to prohibit non-purchase money security interests in property that would otherwise be exempt from seizure in bankruptcy. Property should be defined to include exempted property intended for use or consumption by the debtor or the debtor's family, and should encompass apparel, household furnishings and motor vehicles owned by the debtor. (page 42)

Mandatory Counselling:

7. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to require the completion of mandatory counselling by first-time and second-time bankrupts as a condition of automatic discharge from bankruptcy available after 9 and 21 months respectively. Debtors making a consumer proposal should also undertake mandatory counselling. The nature and timing of mandatory counselling should be examined to ensure its effectiveness. (page 45)

Consumer Liens:

8. The issue of consumer liens continue to be addressed within provincial/territorial consumer protection legislation. (page 47)

Student Loans:

9. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to reduce, to five years following the conclusion of full- or part-time studies, the length of time prior to permitting the potential discharge of student loan debt. As well, the Act should allow the Court the discretion to confirm the discharge of all or a portion of student loan debt in a period of time shorter than five years where the debtor can establish that the burden of maintaining the liability for some or all of the student debt creates undue hardship. (page 56)

Discharge from Bankruptcy and the Treatment of Second-Time Bankrupts:

10. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide automatic discharge from bankruptcy after 21 months for second-time bankrupts who have completed mandatory counselling. The Superintendent of Bankruptcy, the trustee or any interested party should have the opportunity to oppose the automatic discharge, in the same way that the discharge of a first-time bankrupt can be opposed, thereby requiring a Court hearing. (page 59)

Contributions of Surplus Income to the Bankrupt's Estate:

11. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to require bankrupts with surplus income to contribute to their estate for a total of 21 months. Trustees should have the discretion to permit a shorter contribution period in cases of undue hardship. Surplus income should continue to be determined in accordance with the directive of the Superintendent of Bankruptcy. The discharge of the debtor should not be delayed merely because of the obligation to continue to contribute for a total of 21 months. In appropriate circumstances, a trustee should be able to seek a summary judgment to require such payments. (page 62)

Voluntary Agreements to Make Post-Discharge Payments:

12. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to allow trustees to enter into voluntary payment agreements with bankrupts who do not have surplus income. Fees payable to the

trustee in accordance with such an agreement should not exceed the minimum legal amount established for summary administration bankruptcies. (page 65)

Non-Dischargeable Credit Card Purchases:

13. The matter of purchases by the debtor of luxury or non-essential goods and services shortly prior to filing for bankruptcy continue to be decided either during the course of a discharge hearing or through an accusation of fraud. (page 67)

International Insolvency:

14. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to recognize the effect of a foreign discharge or compromise of debt with respect to an individual, provided certain conditions are met. The conditions should be: the bankrupt foreign-resident Canadian has a real and substantial connection with the foreign jurisdiction; the foreign procedure is fair and non-prejudicial to creditors; and the personal exemptions used by the bankrupt foreign-resident Canadian in the foreign proceedings are substantially similar to those in Canada. (page 70)

Debt Forgiveness by the Canada Customs and Revenue Agency:

15. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide that, for consumer proposals, the year-end date for income tax purposes is the date on which the proposal is filed with the Official Receiver. For commercial proposals, the year-end date should be the earlier of: the date of filing of the notice of intention to file a proposal; and the date of filing of the proposal with the Official Receiver. Moreover, the *Income Tax Act* should be amended to ensure that the debt forgiveness provisions in Section 80 of the Act are not applicable to individuals who file proposals under the *Bankruptcy and Insolvency Act.* (page 73)

Ipso Facto Clauses:

16. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide that *ipso facto* clauses in agreements for basic services are not enforceable with respect to consumer proposals and consumer bankruptcies. (page 75)

Credit Reporting:

17. The Office of the Superintendent of Bankruptcy take a leadership role in convening a meeting among credit granting agencies, credit grantors, provincial/territorial representatives and other relevant parties with a view to negotiating a mutually acceptable credit scoring regime. (page 79)

Inadvertent Discharge of Selected Claims in Proposals:

18. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to ensure that an insolvent debtor will not be released from the debts and liabilities referred to in Section 178 of the Act unless the holder of those debts provides affirmative and informed consent. (page 81)

Bankruptcy and Family Law:

19. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to:

- ensure that bankruptcy does not prevent a claimant from recovering the total amount of support arrears from a bankrupt spouse;
- clarify that only Court orders made under Section 68 of the Act have priority over enforcement of spousal and child support against the bankrupt's income during the period of bankruptcy;
- provide that bankruptcy does not stay or release any claim for equalization or division against exempt assets under provincial/territorial legislation regarding equalization and/or the division of marital property;

- exclude, from assets vesting in the trustee, the right to sue the bankrupt's spouse for equalization or division of property under provincial/territorial matrimonial property law; and

- add, to the debts that survive bankruptcy, a debt for equalization or division of property under provincial/territorial matrimonial property law, to the extent that the debt arises from malicious or fraudulent dissipation or concealment of property by the bankrupt. (page 86)

Commercial Insolvency:

Compensation Protection: Wages and Pensions:

20. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide that unpaid claims for wages and vacation pay arising as a result of an employer's bankruptcy be payable to an amount not to exceed the lesser of $2,000 or one pay period per employee claim. The funding of these claims should be assured by creating a super priority over secured claims to inventory and accounts receivable. The secured creditor or creditors should be able to assume the rights of the employees against the directors. (page 96)

21. The *Bankruptcy and Insolvency Act* not be amended to alter the treatment of pension claims. (page 99)

Debtor-in-Possession Financing:

22. The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to permit Debtor-in-Possession financing. The Court should be given the jurisdiction to provide that the lien by the Debtor-in-Possession lender can rank prior to such other existing security interests as it may specify. As well, any secured creditor affected by such priority should be given notice of the Court hearing intended to authorize the creation of security ranking prior to its security. In deciding whether to authorize a Debtor-in-Possession loan, the Court should be required to consider the seven factors outlined by the Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform in its March 2002 report. (page 103)

The Rights of Unpaid Suppliers:

23. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to repeal, subject to the noted exception, the provisions that provide protection for unpaid suppliers of goods to bankrupt companies.

The provisions that protect the rights of farmers, fishers and aquaculturalists as suppliers should be retained. (page 111)

Cross-Border Insolvencies:

24. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to incorporate the United Nations Commission on International Trade Law Model Law on Cross-Border Insolvency. Consideration should be given to adding a reciprocity provision and provisions that would assure the creation of a creditors' committee, consisting of Canadian creditors, to protect their interests. The reasonable expenses of the members of this committee should be paid by the foreign debtor, if considered appropriate by the Canadian Court. (page 117)

Director Liability:

25. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to include a generally applicable due diligence defence against personal liability for directors. (page 120)

Transfers at Undervalue and Preferences:

26. The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to ensure consistent and simplified rules for challenging fraudulent preferences, conveyances at undervalue and other reviewable transactions. A trustee/monitor under a proposal should have the same powers as a trustee in bankruptcy. The Acts should provide a standard for challenging transactions that may affect the value of creditors' realizable claims. (page 123)

Bankruptcies by Securities Firms:

27. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to clarify: the definition of "net equity;" the status of cash in the accounts of bankrupt securities firms; and the applicability of Part XII of the Act to electronic transactions. (page 125)

Financial Market Issues:

28. The *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to give the Court the right to exempt securities regulators from Court-ordered stays of proceedings in instances where two conditions are met: the exemption is needed for the protection of third parties; and the exemption does not subject directors or senior management to undue pressure and loss of time. (page 127)

Insolvency Practitioner Liability as a Successor Employer:

29. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to separate clearly the personal liability of an insolvency practitioner from the liability of the debtors' estate. (page 130)

Executory Contracts:

30. The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to permit disclaimer of executory contracts in existence on the date of commencement of proceedings under the Acts. This disclaimer should apply to all executory contracts, provided a number of conditions are met. In particular: the debtor should be obliged to establish inability or serious hardship in restructuring the enterprise without the disclaimer; the co-contracting party should be permitted to file a claim in damages in the restructuring; and, where a collective agreement is being disclaimed, the debtor should also have the burden of establishing that post-filing negotiations have been carried on, in good faith, for relief of too onerous aspects of the collective agreement and should establish in Court that the disclaimer is necessary in order to allow for a viable restructuring. (page 137)

31. The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to permit trustees, Court-appointed receivers and monitors, if authorized by judgment, to assign executory contracts when appropriate, in connection with going concern transactions and on a liquidation basis, provided that two conditions are met: the proposed assignee is at least as

credit worthy as the debtor was at the time the contract was entered into; and the proposed assignee agrees to compensate the other party for pecuniary loss resulting from the default by the debtor or give adequate assurance of prompt compensation. (page 138)

Workers' Compensation Board Premiums:

32. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to return the treatment of Workers' Compensation Board premiums to that which existed prior to 1997. (page 143)

Interim Receivers:

33. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to clarify the role of the interim receiver, and the duration and meaning of the term "interim." As well, the definition of "receiver" should be amended to include interim receivers when they operate in a manner similar to Court-appointed receivers. (page 145)

Going Concern and Asset Sales:

34. The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to permit the debtor, subject to prior approval of the Court, to sell part or all of its assets out of the ordinary course of business, during reorganization and without complying with bulk sales legislation. Similarly, the debtor should be permitted to sell all or substantially all of its assets on a going concern basis. On an application for permission to sell, the Court should take into consideration whether the sales process was conducted in a fair and reasonable manner and whether major creditors were given reasonable notice, in the circumstances, of the proposed sale and had input into the decision to sell. No such sale to controlling shareholders, directors, officers or senior management of the debtor having a significant financial interest in the purchaser or in the sales transaction should be permitted, other than in exceptional circumstances. (page 148)

Governance:

35. The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to permit the Court to replace some or all of the debtor's directors during proposals or reorganizations if the governance structure is impairing the process of developing and implementing a going concern solution. Moreover, prior to appointment, a trustee/monitor should disclose, to the Court, any business and legal relationships it has or has had with the debtor. The auditor or recent former auditor of the debtor should not be permitted to be the monitor. Furthermore, the monitor should not be permitted, in the event of a failed restructuring, to become the trustee or a receiver for a secured creditor. (page 150)

Plan Approvals:

36. The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to require a trustee/monitor to provide, in connection with a request for Court approval of a reorganization plan, an opinion that, as a group, each of secured creditors and unsecured creditors are likely to receive no less under the plan than it would receive in a liquidation. Moreover, Section 54(3) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* regarding related parties should be incorporated in the *Companies' Creditors Arrangement Act.* Finally, the Acts should be amended to provide the Court approving a reorganization plan with the power to approve a restructuring of the equity of the debtor, with or without shareholder approval. (page 152)

Priorities:

37. The *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to incorporate the priority rules in the *Bankruptcy and Insolvency Act.* (page 153)

Insolvency of Other Vehicles:

38. The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to provide for the liquidation or the reorganization of a business trust. (page 155)

Income Tax:

39. The *Income Tax Act* be amended to provide that distress preferred share treatment for tax purposes be afforded to qualifying debt, for a specified period of time, by filing a notice of election with the Canada Customs and Revenue Agency. Moreover, on the consummation of a plan of arrangement, a debtor should be able to elect to use fresh start accounting for tax purposes, with tax obligations relating to the period prior to the date of bankruptcy addressed as pre-filing claims. (page 157)

Subordination of Equity Claims:

40. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide that the claim of a seller or purchaser of equity securities, seeking damages or rescission in connection with the transaction, be subordinated to the claims of ordinary creditors. Moreover, these claims should not participate in the proceeds of a restructuring or bankruptcy until other creditors of the debtor have been paid in full. (page 159)

Administrative Tribunals and Stays of Proceedings:

41. The *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to exempt, from the application of stays of proceedings and subject to Court discretion, all proceedings brought before non-judicial administrative tribunals. The exemption should be granted where two conditions are met: the exemption is needed for the protection of third parties; and the exemption does not subject directors or senior management to undue pressure and loss of time. (page 162)

Administrative and Procedural Issues:

Volume of Filings, Access to the Process and Funding of the Office of the Superintendent of Bankruptcy:

42. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be reviewed in order to identify opportunities that will contribute to greater efficiency within the insolvency system, including efforts regarding the adoption of new technologies. (page 167)

43. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide the Superintendent of Bankruptcy with the authority to finance research and education programs from the account which contains unclaimed dividends and undistributed funds. Amounts that are unclaimed or undistributed after a two-year period should be used in this way. (page 169)

Consolidation of Insolvency Statutes:

44. The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* continue to exist as separate statutes. (page 173)

Statutory Review of Insolvency Legislation:

45. The *Bankruptcy and Insolvency Act*, the *Companies' Creditors Arrangement Act*, the *Winding-Up and Restructuring Act* and the *Farm Debt Mediation Act* be amended to require a review by a Parliamentary committee at least once every five years. (page 176)

A Specialized Judiciary:

46. The federal government consult with relevant stakeholders with a view to developing education and training programs that

would enable judges in Canada to develop specialized expertise in the area of insolvency law. (page 180)

Issues of Costs:

47. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to repeal the Tariff of Costs. Instead, costs should be paid in accordance with civil Court tariffs as they apply from place to place throughout Canada. (page 183)

Conflicts of Interest:

48. The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be reviewed in order to identify and eliminate any opportunities for the roles and responsibilities of insolvency practitioners to place them in a real or perceived conflict of interest. Moreover, in order to ensure that all practitioners fulfill their duties with a high level of integrity, the federal government should adopt guidelines for insolvency practitioners regarding professional conduct and conflicts of interest, expanding upon Rules 34 to 53 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* where appropriate. (page 185)

The Definition of Income:

49. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended in order to clarify the meaning of the term "total income." As well, clarity – in the form of guidelines contained in a directive of the Superintendent of Bankruptcy – should be provided to trustees regarding the manner in which lump-sum settlements received after bankruptcy and before discharge should be divided between debtors and creditors. Finally, a bankrupt's tax refunds received during a period to be determined by statute should be made available to the trustee for distribution to creditors. (page 189)

The Definition of Consumer Debtor:

50. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to raise the indebtedness threshold contained in the definition of "consumer

debtor" to $100,000, with annual increases thereafter to reflect increases in the cost of living as measured by the Consumer Price Index. Moreover, two years after the new indebtedness threshold comes into force, the federal government should initiate a review of the degree to which insolvent debtors are using the consumer proposal option rather than pursuing a commercial reorganization. (page 190)

Selection of the Bankruptcy Trustee:

51. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide that the debtor is required to submit to the Official Receiver his or her choice of a trustee to administer his or her bankruptcy. (page 193)

Non-Arm's Length Creditor Voting Rights:

52. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide voting rights to non-arm's length creditors who have been dealing with the debtor at non-arm's length in the year prior to the bankruptcy, if they represent together more than 40% of the value of the total claims. In the event that the non-arm's length creditors vote changes the outcome of the vote, any interested party should then seek leave of the Court to have the vote included. (page 196)

Debts Not Released by an Order of Discharge:

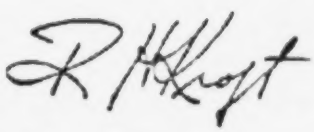
53. The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to require that fraud be proven in order for a debt to survive discharge from bankruptcy. Moreover, the provisions should apply to both debts for property and debts for services acquired through false pretences or fraudulent misrepresentation. (page 198)

Acknowledgements

I would like to express my personal thanks to the members of the committee who were available for many extended meetings in order to hear the evidence of all of the witnesses who appeared before us over the course of our study. Additionally, I would like to thank all of the witnesses who appeared before us, representing the various stakeholder groups. The quality of the evidence presented to us, both orally and in written submissions, and the ability of the witnesses before the committee to respond, on short notice, to often complex questions demonstrated their expertise and dedication to improving Canada's bankruptcy and insolvency laws. They were of great assistance to the committee in completing such a lengthy study in a very short period of time.

Particular mention must be given to the Parliamentary Research Branch of the Library of Parliament and, in particular, the researcher for our committee, Ms. June Dewetering. June's work in assisting the committee to complete this report has been outstanding. I would also like to thank the Clerk of the Committee, Denis Robert, Senate support staff and translators who assisted the committee in completing this study in a very short time frame. The result is a review of Canadian insolvency legislation, and particularly the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act, that the committee hopes will be helpful to the federal government in drafting much needed legislation. Counsel for the committee, Mr. Yoine Goldstein, provided enormous assistance to the committee in addressing all of the many areas that required consideration and in advising the committee with respect to those areas of review that were particularly technical. It is no exaggeration to say that we could not have completed our work in the time and the way that we have without the benefit of his wisdom, experience and commitment.

I know I speak on behalf of our entire committee in saying; it is our sincere hope that the government will lose no time in acting to implement amended legislation in these areas. We look forward to our opportunity to review such legislation when it reaches the Senate for review.



Richard H. Kroft

Chair, Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce

DEBTORS AND CREDITORS SHARING THE BURDEN: A REVIEW OF THE *BANKRUPTCY AND INSOLVENCY ACT* AND THE *COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT*

CHAPTER ONE: INTRODUCTION

Canada has a long history of insolvency legislation, beginning in 1869 with *An Act Respecting Insolvency*, which covered voluntary and compulsory bankruptcies, provided for compositions and applied only to traders. This legislation was followed by the *Insolvent Act of 1875*, which was repealed in 1880. For the next four decades, until the passage of the *Bankruptcy Act* in 1919, Canada lacked bankruptcy legislation of uniform application across the nation. Since then, Canadian bankruptcy legislation has been amended in a substantive manner in 1949, 1992 and 1997.

Furthermore, although not used frequently until the 1980s, the *Companies' Creditors Arrangement Act* (CCAA) became law in 1933, with amendments made in 1997. The third pillar of insolvency legislation, the *Winding-up and Restructuring Act*, was passed in 1882. A fourth statute, the 1997 *Farm Debt Mediation Act*, was passed as the successor to the 1986 *Farm Debt Review Act*, and applies to the farming industry.

Numerous attempts have been made in the last three decades to amend Canada's bankruptcy and insolvency laws ...

Numerous attempts have been made in the last three decades to amend Canada's bankruptcy and insolvency laws, and although six omnibus reform bills were introduced in Parliament between 1975 and 1984, none of the proposals became law. Moreover, during that period, a number of advisory committees examined various aspects of the laws and made recommendations for change. In view of the relative lack of success with omnibus legislation, however, a strategic decision was made to propose amendments in selected areas.

Consequently, in June 1991, Bill C-22 was introduced in the House of Commons. The Bill, which came into force in November 1992, contained a provision requiring review of the *Bankruptcy and Insolvency Act* (BIA) by a Parliamentary committee three years after coming into force. With a statutory Parliamentary review required in 1995, Industry Canada – then the Department of Consumer and Corporate Affairs – established the Bankruptcy and Insolvency Advisory Committee, with several working groups and task forces comprised of public and private sector representatives.

Designed as a forum in which priorities for reform to bankruptcy and insolvency laws could be discussed and in which consensus on policy recommendations might be reached, the Bankruptcy and Insolvency Advisory Committee made a number of recommendations that found legislative expression in Bill C-5, which was originally introduced in the first session of the Thirty-Fifth Parliament as Bill C-109.

Bill C-5 was introduced in the House of Commons in March 1996. The Bill proposed to amend the BIA with respect to: the licensing and regulation of bankruptcy trustees; the liability of trustees for environmental damage and claims; liability of directors and stays of action against directors during reorganizations; compensation for landlords where leases are disclaimed in a proposal under the BIA; procedures in consumer proposals; consumer bankruptcies; the dischargeability of student loan debt; Workers' Compensation Board claims; a requirement for bankrupts to contribute part of their income to the bankruptcy estate; international insolvencies; and securities firm insolvencies. The Bill also proposed amendments to the CCAA in order to align more closely the provisions of the CCAA and the BIA. Beginning in November 1996, the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce reviewed Bill C-5, and recommended amendments that were adopted by the Senate and, subsequently, the House of Commons before the Bill received Royal Assent in April 1997.

Anticipating a five-year statutory Parliamentary review of the BIA and the CCAA, as required by Bill C-5, in 2001

and 2002 Industry Canada held consultations with stakeholders on a range of insolvency issues. Consumer insolvency concerns were also examined by the Personal Insolvency Task Force, an independent panel established in 2000 by the Office of the Superintendent of Bankruptcy with membership from the principal stakeholder groups.

The Personal Insolvency Task Force released its report in August 2002, while Industry Canada published its *Report on the Operation and Administration of the* Bankruptcy and Insolvency Act *and the* Companies' Creditors Arrangement Act in September 2002. A third insolvency statute – the *Winding-up and Restructuring Act* – is not subject to the current statutory Parliamentary review; nor is the fourth law, the *Farm Debt Mediation Act.*

With the knowledge gained through examination of previous amendments to the BIA and the CCAA, in May 2003 the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce began a review of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* with a view to determining whether the legislation, as it is currently written, is meeting the needs of the full range of stakeholders: debtors, creditors, judges, lawyers, trustees and other insolvency practitioners, the Office of the Superintendent of Bankruptcy and – importantly – all Canadians through the impact of insolvency laws on our economy.

In the course of the Committee's study, we have heard from a wide range of groups and individuals: . . . . They have shared their invaluable insights about this enormously complex area: what is working, what is not, and how they think the BIA and the CCAA should be changed.

In the course of the Committee's study, we have heard from a wide range of groups and individuals: academics, a variety of practitioners, credit counsellors, labour unions, business groups and others. They have shared their invaluable insights about this enormously complex area: what is working, what is not, and how they think the BIA and the CCAA should be changed.

This report comments on the Committee's philosophy regarding the fundamental principles that should guide the design of insolvency laws in Canada, with particular reference to the two statutes that are the subject of this review: the BIA and the CCAA. It also discusses the socio-economic importance of insolvency legislation, and describes the magnitude and nature of the insolvency problem in Canada. Most importantly, the testimony presented to the Committee by witnesses, as well as

our recommendations for changes to the statutes and conclusions reached, are highlighted.

[W]e believe that the ideas [contained in Chapters 4 and 5 of the Personal Insolvency Task Force's Report] have merit – particularly from the perspective of streamlining the process and of reducing costs – ...

Although no discussion or recommendations occur with respect to the procedural changes regarding consumer bankruptcies and proposals identified by the Personal Insolvency Task Force in Chapters 4 and 5 of its report, we believe that the ideas have merit – particularly from the perspective of streamlining the process and of reducing costs – and urge relevant stakeholders to engage in the discussions needed to achieve consensus about how they should be addressed in future amendments to our insolvency legislation.

Finally, a number of Appendices provide relevant background information. Appendix A summarizes the key elements of the *Winding-up and Restructuring Act* and the *Farm Debt Mediation Act*, which are not part of the Committee's current review, while Appendix B notes changes over time to Canada's main insolvency laws – the BIA and the CCAA – and provides a general discussion of how the insolvency process works for consumers and corporations. Appendix C summarizes the report published by Industry Canada following its consultations with stakeholders on administrative policy, commercial insolvency and consumer insolvency issues, and Appendix D concludes with brief details on selected aspects of insolvency legislation in other countries.

CHAPTER TWO:
THE COMMITTEE'S PHILOSOPHY WITH RESPECT TO INSOLVENCY LAW

As the Committee began this study, we focussed on what we believe should be the fundamental principles guiding the design of insolvency laws in this country. Certain prerequisites for a well-functioning insolvency system continually struck us as important: fairness, accessibility, predictability, responsibility, cooperation, efficiency and effectiveness. These are all critical hallmarks to remember as legislative changes are proposed.

Canada's insolvency system must be – and must be perceived to be – fair. Fairness is an essential consideration not only for Canadians, but also for residents of other countries. It must be fair for debtors, who should be provided with tools to avoid bankruptcy if that is the best option or with a true "fresh start" when they are discharged from their bankruptcy, and for creditors, who extend credit with the expectation of full repayment on a timely basis or, when this circumstance does not occur, are provided with a predictable, fair and orderly means by which loss is both shared appropriately and minimized to the extent possible.

Certain prerequisites for a well-functioning insolvency system continually struck us as important: fairness, accessibility, predictability, responsibility, cooperation, efficiency and effectiveness. These are all critical hallmarks to remember as legislative changes are proposed.

Moreover, it must be fair for judges, who should have both clear rules to guide their decision making and the flexibility needed to address the unique circumstances of each case, and for trustees, monitors and other insolvency practitioners, who also require comprehensive guidelines about their rights and responsibilities. It must also be fair for foreign entities, who may find themselves involved in a cross-border insolvency, and for Canadians more generally, who need a fair, predictable system that provides stakeholders with incentives to act with integrity and transparency in order that our economic system remains sound and facilitates prosperity for all.

The redistributive effects of bankruptcy must be considered from the perspective of fairness, since bankruptcy-related losses for creditors may lead to higher costs of credit for those who pay their debts fully and in a timely manner. In some sense, fairness would dictate that the burden faced by those who

pay their debts must not be too great because of the actions and omissions of those who do not.

... the Committee believes that the insolvency system must be accessible to debtors – with any level of debt and in all regions of Canada – as a right, not a privilege.

As well, the Committee believes that the insolvency system must be accessible to debtors – with any level of debt and in all regions of Canada – as a right, not a privilege. In order for the system to be meaningful, it must also be accessible from the perspective of being easily understood by stakeholders. It should be, at least to some extent, flexible. Each situation of insolvency is different, and while uniformity and predictability generally are critically important, some flexibility is also needed so that judges can make the decisions required in the best interest of all stakeholders.

The Committee also believes that Canadian insolvency laws must be drafted in a manner that ensures a high level of predictability for all stakeholders, domestic and international. Everyone should have a clear understanding of how the insolvency process operates and the options that are available; consistency should enable the likely outcomes to be predicted with a relatively high degree of accuracy. Predictability will enable stakeholders to make the best possible choices given their particular circumstances: debtors to decide between bankruptcy and a consumer proposal or commercial reorganization, suppliers and creditors to assess the likely outcome of debtor default as a contributing factor in their decision about whether to supply and extend credit and at what cost, domestic and foreign investors about whether to make an investment, and judges to determine the most appropriate orders to be made and actions to be taken in particular circumstances, among others.

Canada's insolvency system must also be characterized by responsible behaviour and cooperation. Recognizing that insolvency often occurs for reasons unrelated to financial mismanagement, the system must provide incentives for debtors to behave responsibly in managing their finances and for creditors to act likewise in their granting of credit. Trustees and other insolvency practitioners must also fulfill their responsibilities in a conscientious manner. There must be

meaningful consequences for any party that fails to act in accordance with the law.

The parties must also be provided with the incentives needed to ensure that they act cooperatively, since cooperation is also a prerequisite for a well-functioning insolvency system: cooperation among debtors and their creditors as they attempt to negotiate a mutually acceptable restructuring arrangement, among the Court, debtors and creditors as reorganization plans are finalized, and among trustees, debtors and creditors as bankruptcy estates are administered. Canada's insolvency system is highly regarded internationally, in part because of its emphasis on cooperation.

The Committee feels, as well, that our insolvency system must be efficient and effective. It must consider the social and economic costs of bankruptcy and ensure that these costs are minimized and shared appropriately. Moreover, situations of insolvency must be resolved with the least possible cost to stakeholders; every action taken by trustees, monitors and others must have a useful purpose. The system must also facilitate the efficient reallocation of resources in the event of bankruptcy, incorporate incentives for proper behaviour by all stakeholders and meet the needs of all stakeholders in an ever-changing environment.

A fundamental issue underlying insolvency is that there are inadequate resources available to satisfy everyone and the situation is a zero-sum game: a fresh start for a bankrupt means that creditors do not fully recover the moneys owed to them, and the greater the share of assets allocated to any particular creditor or class of creditors, the smaller is the share of assets available for distribution to all other creditors or classes of creditors.

Throughout our hearings, the Committee was mindful that the emphasis in Canada has been on finding the proper balance between providing debtors with unmanageable debt with a reasonable opportunity to make a financial recovery or to have a "fresh start" following discharge from their bankruptcy and ensuring that creditors, to the extent possible, share the burden of loss appropriately. A fundamental issue underlying insolvency is that there are inadequate resources available to satisfy everyone and the situation is a zero-sum game: a fresh start for a bankrupt means that creditors do not fully recover the moneys owed to them, and the greater the share of assets allocated to any particular creditor or class of creditors, the smaller is the share of assets available for distribution to all other creditors or classes of creditors.

The Committee considers that in a society such as ours, and particularly as globalization continues, risk-taking behaviour

contributes to success in a market-based economy; it is this behaviour that will help to ensure our prosperity as a nation and our place globally. Risk-taking behaviour, however, inevitably carries with it some failures. Data illustrating the extent to which the self-employed and small businesses experience financial difficulties show this fact to be true. If we, as a society, support risk-taking behaviour because of the prosperity it brings, then we, as a society, must also be willing to bear the cost of failures – within reason – and to forgive instances where the taking of risks has a negative outcome.

If we, as a society, support risk-taking behaviour because of the prosperity it brings, then we, as a society, must also be willing to bear the cost of failures – within reason – and to forgive instances where the taking of risks has a negative outcome.

From this perspective, the manner in which a country addresses insolvency is tied to other decisions: about support for entrepreneurial behaviour as an engine of growth, about the promotion of education as a contributor to the well-educated workforce needed for the future, and about the extent to which safety nets are provided by governments to assist those who are less fortunate, among others. In this sense, a country's insolvency laws are framework legislation. They are a key indicator of how a country governs itself, its businesses and its citizens, and about its priorities for its future. These laws are also among those thought to be important for nations that participate in the global economy, since they regulate certain aspects of international commerce and are considered by those wishing to invest in Canada and make multinational corporate decisions.

The Committee has given consideration to the proper sharing of the burden of loss between debtors and creditors. We want a discharged bankrupt to have the best possible chance for future success and for a meaningful contribution to our economy and to our society. We also want to ensure, however, that due consideration is given to how the treatment of debtors affects others, including creditors, those who pay their debts in full and on time, and the Canadian economy more generally. In developing our recommendations, we continuously reflected on the extent to which our proposals would ensure that the fundamental principles of fairness, accessibility, predictability, responsibility, cooperation, efficiency and effectiveness are respected. We believe that our recommendations strike the appropriate balance.

CHAPTER THREE:
INSOLVENCY LEGISLATION AND WHY IT IS NEEDED

A. The Socio-Economic Importance of Insolvency Laws

Bankruptcy and insolvency situations usually have devastating effects for everyone affected: the consumer or corporate debtor, family and friends, communities, unpaid suppliers, uncompensated – and perhaps unemployed – employees, creditors and shareholders, among others. A debtor's financial difficulties generally mean that shareholders lose value, unpaid suppliers and creditors may themselves face insolvency or bankruptcy, uncompensated employees may experience personal insolvency or bankruptcy, communities – particularly if they are small, have a single industry, and involve a number of affected suppliers and employees – probably will not thrive, even if they do survive, and governments at all levels potentially lose tax revenues as a consequence of reduced economic activity yet may face higher costs for employment insurance and social assistance.

Bankruptcy and insolvency situations usually have devastating effects for everyone affected: the consumer or corporate debtor, family and friends, communities, unpaid suppliers, uncompensated – and perhaps unemployed – employees, creditors and shareholders, among others.

In essence, insolvency laws exist in order to provide:

- debtors with an opportunity to obtain a discharge from their debts, subject to conditions, and thereby become productive and useful citizens free from an unsustainable debt burden, in essence to get a fresh start;
- a relatively quick, inexpensive method by which insolvent debtors can be compelled to give their non-exempt property to a trustee with a view to realizing these assets for the benefit of creditors;
- a mechanism for the orderly distribution of the non-exempt property of insolvent debtors among their creditors in order that the burden is shared appropriately;

- an opportunity to investigate the affairs of bankrupts and to reverse any improper transactions that occurred prior to bankruptcy; and
- a framework within which the financial obligations of debtors can be compromised or restructured in order to avoid bankruptcy.

Canada's insolvency laws fundamentally contribute to the effective and efficient functioning of the marketplace, since their existence gives some security to all stakeholders, domestic and foreign. From a financial perspective alone, the fairness and predictability provided by these laws increase the amount of credit that is available and help to ensure that it is available at reasonable cost. In turn, the availability of credit at reasonable cost has implications for the levels of domestic and foreign investment, entrepreneurship and innovation, and personal investment and consumption.

... with an increased focus on global competitiveness, Canada's insolvency laws must be – and must be seen to be – effective and fair, and amendments to the laws must be made with efficiency and predictability in mind.

In the event of financial difficulty, the timeliness, transparency and fairness with which assets can be redeployed to more productive and profitable uses affects economic performance and minimizes losses for creditors. Moreover, with an increased focus on global competitiveness, Canada's insolvency laws must be – and must be seen to be – effective and fair, and amendments to the laws must be made with efficiency and predictability in mind.

Of Canada's insolvency laws – the *Bankruptcy and Insolvency Act*, the *Companies' Creditors Arrangement Act*, the *Winding-up and Restructuring Act* and the *Farm Debt Mediation Act* – the two most important are the *Bankruptcy and Insolvency Act* (BIA) and the *Companies' Creditors Arrangement Act* (CCAA). The BIA applies to individuals and companies with unsustainable debt burdens, while companies can reorganize under either statute in the event of financial difficulty provided a $5 million debt threshold is met with respect to the CCAA. The third statute – the *Winding-up and Restructuring Act* – is primarily used in situations involving financial institutions, while the fourth – the *Farm Debt Mediation Act* – applies to insolvent farmers; these latter two Acts are not part of the Committee's current review.

B. The Magnitude and Nature of the Problem

In developing an insolvency regime that is appropriate to the magnitude and nature of the insolvency problem, some consideration must be given to the circumstances giving rise to insolvency and its recurrence. The preferred option must surely be an identification of the reasons for insolvency, in order that preventive measures can be developed to assist consumers and corporations in avoiding financial difficulties. The public interest is thereby served.

The preferred option must surely be an identification of the reasons for insolvency, in order that preventive measures can be developed to assist consumers and corporations in avoiding financial difficulties.

In general, financial difficulties might occur for a number of economic and non-economic reasons, bearing in mind that non-economic reasons frequently have economic consequences. Studies have revealed the following factors as contributors to insolvency: unemployment; underemployment; retirement; compulsive spending; a change in marital, family or health status; substance addiction; gambling; loss of corporate market share; bad weather; international trade sanctions; and business failure which may cause personal insolvency. While also a potential cause of insolvency, financial mismanagement might more often be a contributing factor where one or more other factors also exist.

Individuals and corporations most often cannot control economic circumstances, while non-economic factors may be only partially controllable. Nevertheless, most agree that financial counselling designed to help individuals and businesses assess their attitudes and beliefs regarding credit and its uses, acquire money management and budgeting skills, and identify warning signs associated with financial difficulty are useful. This type of counselling, however, is perhaps most effective before financial difficulties occur. It is for this reason that many advocate money management and budget skills as a skill area that should be taught to high school students.

While some believe that the increased availability of reasonably priced credit is to blame for financial difficulties, it is perhaps more useful to examine the extent to which

consumer bankruptcies have been rising while the aggregate amount of consumer credit as a proportion of disposable income has been relatively stable.

The magnitude and nature of insolvency problems among Canadians and Canadian businesses have varied over time, largely in response to changing economic conditions, but perhaps also because the stigma of bankruptcy appears to have lessened somewhat. As well, in a society where credit is important and readily available, a certain number of bankruptcies might be seen as a logical and inevitable consequence of credit availability.

... in a society where credit is important and readily available, a certain number of bankruptcies might be seen as a logical and inevitable consequence of credit availability.

Studies reveal that, for some Canadians, their personal debt more than exceeds their annual disposable income. At present, the ratio of personal debt to annual disposable income exceeds 100%, an increase from 61% two decades earlier. The level of consumer indebtedness is thought to have risen by more than 238% over the 1981 to 2001 period, from $262.4 billion ($1997) in 1981 to $625.6 billion in 2001. The changing debt-to-income ratio could reflect changing attitudes by debtors and creditors to risk, a more tolerant attitude toward bankruptcy and/or a reduced stigma associated with bankruptcy.

Over the 1966 to 2002 period, insolvency cases filed with the Office of the Superintendent of Bankruptcy (OSB) increased, on average, by 8.8% annually, although the highest annual average rates of increase occurred in the 1970s; since 1997 the rate has been 1.1%. There are relatively significant differences between the average rate of increase in commercial and in consumer insolvencies filed with the OSB.

Over the 1966 to 2002 period, the average annual rate of increase in consumer insolvencies was 11.4%, and in 2001 there were almost 93,000 consumer insolvencies or 2.98 per 1,000 Canadians. The average annual rate of increase in consumer insolvencies reached 22.6% in the 1970s before falling to about 7.5% in the 1980s and 1990s. Over the 1997

to 2002 period, the average annual rate of increase in consumer insolvencies was markedly lower, at 2.0%.

Since 1999, the number of consumer bankruptcies filed with the OSB has been rising, although consumer proposals are increasingly popular with debtors as a means of avoiding bankruptcy and protecting certain assets, such as their homes. The 1993 to 2002 period has seen a continuous increase in the number of consumer proposals filed with the OSB; the number of such proposals has increased from about 1,900 in 1993 to more than 15,200 in 2002, which represents an average annual increase of 25.9% over the period.

The average annual rate of increase in corporate insolvencies was 3.6% over the 1966 to 2002 period, about one-third the rate of increase in consumer insolvencies. The average annual rate of increase reached 8.0% in the 1970s and 6.0% in the 1980s before falling to –0.6% in the 1990s. The average annual rate of increase declined further to –4.7% over the 1997-2002 period, and reached –7.6% for 2001-2002.

Corporate proposals have also been popular over the 1993 to 2002 period; during this time, the number of these proposals has increased, on average, 14% annually. Since the mid-1970s, the majority of the Office of Superintendent of Bankruptcy's cases have been consumer insolvencies, and in 2002 corporate insolvencies represented 10% of all cases addressed by the OSB.

Ontario and Quebec have the largest number of insolvency cases filed with the OSB each year, both by consumers and by corporations. This fact is not surprising given their population size and the number of businesses operating there.

In 2002, the Atlantic region, Quebec and Alberta exceeded the national average in terms of consumer insolvencies per 1,000 residents aged 18 years and over, while Ontario, Manitoba/Saskatchewan and British Columbia were

below the national average. In that year, the national average was 3.8 per 1,000 residents aged 18 years and over.

In 2002, corporate insolvencies per 1,000 businesses exceeded the national average in the Atlantic region, Quebec and Alberta; the rate in Ontario, Manitoba/Saskatchewan and British Columbia was lower than the national average. In that year, the national average was 5.9 per 1,000 businesses. In 2002, most corporate insolvency cases arose in the services and wholesale/retail trade sectors; the lowest number of cases occurred in the finance, insurance and real estate, manufacturing and primary sectors.

The regional pattern is, therefore, consistent for both consumer and corporate insolvencies when population and business distribution are considered.

... the level and depth of insolvency and economic prosperity are linked.

As noted above, the level and depth of insolvency and economic prosperity are linked. In 1992, the percentage of declared liabilities in insolvencies reached 1.75% of Gross Domestic Product. Although this percentage declined until 1999, since that time it has risen, reaching 1.5% in 2002. The increase is largely the consequence of corporate liabilities.

C. The *Bankruptcy and Insolvency Act*

Canada's *Bankruptcy and Insolvency Act*, which applies to commercial and consumer – or corporate and personal – insolvencies, provides a number of options for debtors who find themselves with an unsustainable debt burden, including bankruptcy in either case, and proposals for consumers and reorganizations for commercial enterprises, depending on the debtor's degree of financial difficulty.

Consumers and corporations who are in financial difficulty may make a proposal to their creditors – a "consumer proposal" or a "reorganization," as the case may be – to restructure their debt. This restructuring generally involves the acceptance of partial payment in fulfillment of debt and/or payments over a longer period of time. With this option, debtors retain control of their assets and creditors generally recover a greater amount; the consumer or corporation can continue to function and, hopefully, return to financial viability. Creditors generally have an incentive to agree to a proposal or reorganization if they expect that a greater return could be realized than if the consumer or corporation were to become bankrupt.

Creditors generally have an incentive to agree to a proposal or reorganization if they expect that a greater return could be realized than if the consumer or corporation were to become bankrupt.

To be eligible to make a consumer proposal, an individual's debts cannot exceed $75,000, excluding the mortgage on a principal residence, and he or she must have adequate resources to enable the development of a fair and realistic proposal. Consumer proposals are not binding on secured creditors; these creditors retain their right to realize on their security if timely payments are not made. Commercial proposals can be filed regardless of the amount of indebtedness, and secured creditors are similarly able to realize on their security if timely payments are not made.

The BIA contains incentives that encourage insolvent debtors to make a proposal rather than pursue bankruptcy. For example, some consumer bankrupts are required to make surplus income payments to their estate, which provides less

flexibility than a consumer proposal that provides the debtor with more flexibility regarding payments. Moreover, the trustee is required to report – prior to discharge from bankruptcy being granted – whether the debtor could have made a feasible consumer proposal; if so, the Court may grant a conditional discharge and the conditions imposed may resemble the payment arrangements in a proposal.

Where there is no reasonable hope of returning to financial viability, insolvent consumers and corporations may declare bankruptcy. Alternatively, creditors may request that insolvent consumers or corporations be placed in bankruptcy. In situations of bankruptcy, the process serves a number of functions:

- it provides a mechanism for liquidating the debtor's assets for the benefit of creditors;
- it enables the debtor to start over without the burden of unsustainable debt; and
- it allows assets to be re-allocated for use in an environment where profitability may exist.

The BIA, with its structured system for consumer proposals, corporate reorganizations, and bankruptcies, is thought to ensure a relatively predictable and consistent outcome.

The BIA, with its structured system for consumer proposals, corporate reorganizations and bankruptcies, is thought to ensure a relatively predictable and consistent outcome.

D. The *Companies' Creditors Arrangement Act*

Corporate reorganizations that involve in excess of $5 million in debt can occur under either the BIA or the *Companies' Creditors Arrangement Act*; consumer proposals are not possible under the CCAA. At one time, the BIA contained reorganization provisions only for companies that were bankrupt; for those that were insolvent but not bankrupt, reorganization under the CCAA was possible. At present, reorganization for insolvent corporations can occur under either statute, although the $5 million debt threshold must be met with respect to the CCAA.

The CCAA provides a relatively flexible framework that allows for reorganizations – rather than the relatively more specific rules under the BIA – and allows the Court a fairly high degree of discretion in determining how best to resolve the cases before it.

The CCAA provides a relatively flexible framework that allows for reorganizations – rather than the relatively more specific rules under the BIA – and allows the Court a fairly high degree of discretion in determining how best to resolve the cases before it. The statute itself is short and relatively few guidelines are provided.

With the proclamation of Bill C-5, the CCAA was amended to align procedures under it more closely with those under the BIA.

CHAPTER FOUR:
THE SENATE COMMITTEE'S EVIDENCE AND RECOMMENDATIONS ON CONSUMER INSOLVENCY ISSUES

A. Federal Exempt Property

When an individual becomes bankrupt and a trustee takes possession of the debtor's property in order to satisfy creditors, certain classes of property – exempt property – continue to belong to the debtor. There is a public policy rationale underlying these exemptions: these types of goods are required as basic necessities of life for the debtor and his or her family, and assist in the debtor's reintegration into society.

There is a public policy rationale underlying [exempt property]: these types of goods are required as basic necessities of life for the debtor and his or her family, and assist in the debtor's reintegration into society.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* (BIA) establishes three categories of exempt property:

- property held by the bankrupt in trust for others;
- Goods and Services Tax credit payments and prescribed payments related to the personal needs of individuals; and
- property of the bankrupt that is exempt from seizure under provincial/territorial law where the property is situated and the bankrupt resides.

This third category – provincial/territorial exemptions – varies across jurisdictions. Nevertheless, there are certain similarities. For example, the following assets are generally considered to be exempt property, often up to some monetary limit: food; furniture; appliances; medical devices; tools required to earn an income; and a vehicle. Some jurisdictions provide an exemption for equity in real estate, while others do

... the types and values of exempt assets do vary somewhat, and some have not been updated to reflect increases in the cost of living or societal changes.

not. That being said, the types and values of exempt assets do vary somewhat, and some have not been updated to reflect increases in the cost of living or societal changes. Assets in life insurance Registered Retirement Savings Plans are also exempt from seizure under provincial/territorial law.

Since 1970, when the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation – the Tassé Committee – recognized the benefits of a list of federal exempt property and saw no constitutional barriers to its existence yet supported continuation of provincial/territorial exemptions, there has been debate about whether a list of federal exempt property should exist, either as a substitute for lists of provincial/territorial exempt property or as an alternative to them.

Supporters of lists of provincial/territorial exempt property argue that the current system allows needed consideration of regional variations in the cost of living and property use. Opponents, on the other hand, believe that lists of provincial/territorial exempt property are inconsistent with a fundamental premise of Canada's insolvency legislation: that bankrupts and their creditors should be treated identically, regardless of residence or place of business. They believe that the current system lacks uniformity and can create inequities in the treatment of debtors; in extreme cases, it may encourage debtors to survey the lists of exempt property in all provinces/territories – in essence, to "forum shop" – and to move to the jurisdiction with the most generous list of exempt property before filing for bankruptcy. Consistent with this view, federally determined exempt property with specified monetary amounts should apply, in the same way that the Superintendent of Bankruptcy's directive with respect to surplus income is applied consistently across the country.

Witnesses provided the Committee with a range of views on the issue of federal exempt property: for, against, and as an option. The Personal Insolvency Task Force recommended a list of federal exempt property, as an alternative to provincial/territorial exempt property, that could be selected by debtors when filing for bankruptcy:

- apparel and household furnishings, to a maximum value of $7,500;
- medically prescribed aids and appliances, and medication for use or consumption by the debtor or his or her family;
- one motor vehicle, to a maximum value of $3,000 in equity;
- tools of the trade and professional books, exclusive of motor vehicles used in trade or business, to a maximum value of $10,000 in equity;
- equity in a debtor's residence, to a maximum of $5,000, with each debtor entitled to the full exemption in cases of joint filing; and
- real and personal property used by a debtor whose livelihood is derived from farming, fishing, forestry and other activities related to the natural resource sector to a value of not less than $10,000 and not more than $20,000 in equity, as governed by provincial/territorial law.

Furthermore, the Task Force recommended that the value of the exempted assets be periodically adjusted to reflect increases in the cost of living. This could occur by regulation under the BIA or, preferably, by exercise of the Superintendent's directive powers. "Trading" among different categories of exemptions – what is known as a "wild card" exemption and is an American practice – was not recommended.

Professors Ziegel and Telfer, representing a number of professors of law, voiced support for the notion of an optional list of federal exempt property, as did the Canadian Bar Association, although the latter told the Committee that it is concerned about the complexities that could be introduced with two exemption schemes. The Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada generally supported the Task

Force's proposal since, in their view, "[t]his federally prescribed list of exemptions [would] bridge the disparity that currently exists among provincial exemption levels on specific assets." They also told us that "the bankrupt must choose either one system or the other and not be allowed to 'cherry pick' between the federally and provincially prescribed exemptions."

Some of the Committee's other witnesses, however, argued that a federal list would not adequately recognize regional variations and would not ensure uniformity across Canada, but would add complexity. Omega One Ltd. told the Committee that a parallel system of federal exempt property would "add complexity for little apparent benefit. Debtors ... in provinces with lower exemptions [would] likely adopt the proposed federal exemptions as a routine choice. The federal scale [would] become the *de facto* scale for those provinces. Residents of provinces with generous exemptions [would] ignore the proposed federal *schema*. There [would] remain unequal protection across Canada." In fact, in its view, irregularities regarding property rights would be created within some provinces/territories.

Advocis, formed through the merger of the Canadian Association of Insurance and Financial Advisors and the Canadian Association of Financial Planners, also does not support a list of federal exempt property. The organization told the Committee that the BIA should continue to incorporate provincial/territorial exempt property by reference; the BIA should not override those exemptions.

... we believe that a federal list of exempt property should be available as an option for bankrupts.

The Canadian Bankers Association advocated one system of property exempt from seizure, whether the provincial/territorial lists that already exist or the development of a federal list. In its view, the BIA should either maintain the status quo or include a federal list of exempt property, but not both; the bankrupt should not be able to choose between a federal list and a provincial/territorial list. The Association believes that allowing choice "would not eliminate any regional discrepancies and it would add more complexities to the process for little apparent benefit."

While the Committee respects the arguments made by witnesses who supported only a list of provincial/territorial exempt property and those who believed that the law should clearly provide for either provincial/territorial exempt property or federal exempt property but not both, we believe that a federal list of exempt property should be available as an option for bankrupts. In our view, the bankrupt should select either the federal list or the provincial/territorial list of exempt property in their locality in its entirety and at the point of filing for bankruptcy. Moreover, recognizing the argument made by some witnesses about the extent to which the value of the assets in the provincial/territorial lists have not been updated over time, we believe that adjustments should be made annually in order to recognize the effects of inflation. We feel that providing bankrupts with this option would help to ensure the fairness that we are seeking in our insolvency system, and for this reason the Committee recommends that:

We feel that providing bankrupts with [the option of a list of federal exempt property] would help to ensure the fairness that we are seeking in our insolvency system ...

The Bankruptcy and Insolvency Regulations be amended to provide a list of federal exempt property. The debtor should be required to choose, at the time of filing for bankruptcy and in its entirety, either the list of federal exempt property or the list of provincial/territorial exempt property available in his or her locality. The value of the property in the list of federal exempt property should be increased annually in accordance with increases in the cost of living as measured by the Consumer Price Index.

B. Exemptions for RRSPs and RESPs

Under the BIA, the property of a debtor which is exempt from seizure in bankruptcy under the laws of the province/territory in which the property is situated and the bankrupt resides is not part of the bankrupt's estate and is not available for distribution to creditors. Consequently, since federal and provincial/territorial pension and insurance laws make registered pension plans and insurance policy proceeds exempt from execution and seizure, benefits from registered pension plans and Registered Retirement Savings Plans (RRSPs) associated with life insurance policies are generally exempt from seizure in bankruptcy. That being said, there are a limited number of cases in which a debtor with exempt RRSP savings has been obliged, as a condition of discharge, to collapse a portion of his or her RRSP and to contribute the after-tax proceeds to the trustee for distribution to creditors. In Quebec, RRSPs convertible to annuities held by trust companies are also exempt.

... since federal and provincial/territorial pension and insurance laws make registered pension plans and insurance policy proceeds exempt from execution and seizure, benefits from registered pension plans and Registered Retirement Savings Plans (RRSPs) associated with life insurance policies are generally exempt from seizure in bankruptcy.

Other types of RRSPs – such as those held by banks, brokerages or in self-directed funds, or what might be termed "non-insurance" – are generally non-exempt, unless for example they are locked in by virtue of the RRSP funds having been transferred from a pension fund on termination of employment. If the holder of a non-insurance RRSP that is not locked in becomes bankrupt, the funds become the property of the trustee and are available for distribution to creditors.

Arguments both for and against extending an exemption from seizure in bankruptcy to all RRSPs exist. Supporters point to the public policy objective of helping Canada's citizens to save for their retirement. From this perspective, if the federal government feels that this undertaking is sufficiently worthwhile that it is willing to provide tax assistance for retirement savings, then it is logical to protect retirement savings from seizure in bankruptcy, and to protect all forms of retirement savings to the same extent. This protection may be particularly important for those

employees who do not have an employer-sponsored registered pension plan and for self-employed individuals.

Opponents, however, note that exempting non-insurance RRSPs from seizure in bankruptcy would reduce the moneys available for distribution to creditors. They also observe that non-locked-in RRSPs can be used for purposes other than retirement, and that RRSP holders have the option to purchase an insurance RRSP and thereby protect those assets from seizure. Finally, opponents believe that RRSPs are a form of investment and should not be treated differently than other investments; if RRSPs are exempt from seizure in bankruptcy, then other investments should be similarly exempted.

Opponents, however, note that exempting non-insurance RRSPs from seizure in bankruptcy would reduce the moneys available for distribution to creditors.

Witnesses provided the Committee with recommendations both for and against exempting non-insurance RRSPs from seizure in bankruptcy. The Personal Insolvency Task Force pointed out that the federal government has made a policy choice in deciding to provide individuals with an incentive to save for their retirement. In particular, incentives exist through the exempt status given to registered pension plans and the tax treatment of registered pension plans and Registered Retirement Savings Plans, among others. It argued that "it would be inappropriate if the bankruptcy system treated RRSPs in exactly the same way as pensions ... because there are several key differences that call for different treatment." For example, pension contributions are usually compulsory, periodic and fixed in amount, while RRSP contributions are voluntary, often irregular and self-determined in amount. As well, registered pension plans generally cannot be accessed until retirement, while RRSPs can be collapsed at any time, unless they are locked in, and may be used for reasons unrelated to retirement.

While the Task Force believed that "the BIA ought not to be available for strategic use by those who intend to shelter their assets from the reach of impending or foreseeable creditors," it also shared the view that "[i]t would be consistent with both retirement and bankruptcy policies if bankruptcy legislation afforded exempt status to RRSP

savings that have accumulated through prudent retirement savings practices before the period of insolvency." Consequently, the Task Force recommended that legislative change occur in order that RRSPs would be eligible for exemption in bankruptcy, subject to a number of requirements, including: locking in to ensure that funds are used, subject to exceptions in cases of financial hardship, for retirement; non-exempt status for contributions made in the three years prior to bankruptcy in order to prevent strategic behaviour and to allow seizure of those moneys that reasonably could have been used for debt repayment; treatment of the proceeds from a locked-in RRSP as income subject to surplus income standards; and a cap on the exemption, tied to the debtor's age and the maximum RRSP contribution limit in the year of bankruptcy, so that older bankrupts would be able to protect more of their retirement savings.

The Canadian Bar Association expressed general support for the Task Force's proposal, but advocated a two-year clawback and no cap; if a cap were to be imposed, however, the Association felt that it should be adjusted periodically. It supported locking in until retirement because "[a] policy that helps to discourage withdrawals prior to retirement would be socially beneficial ... [T]here is no policy justification for exempting savings accounts not earmarked for retirement." Similarly, the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada were generally supportive of the Task Force's position, but argued for a clawback of the lesser of the contributions in the three-year period and the realizable value in the RRSP at the end of bankruptcy.

An exemption for RRSPs was also supported by the Canadian Federation of Independent Business, which told the Committee that the majority of its members are "clearly in favour." Advocis also indicated that equitable treatment of retirement savings should occur, and suggested that "[i]ndividuals who save for their retirement in whole or in part through RRSPs or [Deferred Profit Sharing Plans] or who receive retirement income from [Registered Retirement Income Funds] or annuities funded by proceeds from those

registered plans should enjoy similar protection from creditors as individuals who fund their retirement through [registered pension plans]." Protection would be made available to a larger number of individuals, which may be of particular benefit to employees of small employers, who may lack a registered pension plan, or self-employed individuals with a modest income.

[The Committee was told that with an exemption for RRSPs, protection] would be made available to a larger number of individuals, which may be of particular benefit to employees of small employers, who may lack a registered pension plan, or self-employed individuals with a modest income.

The organization also believes that income acquired from an RRSP, Deferred Profit Sharing Plan (DPSP) or Registered Retirement Income Fund (RRIF) should be protected to the same extent as pension income from a registered pension plan. It also commented on the Task Force's recommendation regarding non-exempt status for contributions made in the three years prior to bankruptcy. In particular, it rejected "the presumption of the [Task Force] that all new contributions to a protected RRSP made within three years preceding bankruptcy will be fraudulent conveyances intended to defraud a creditor."

In the view of the Alberta Law Reform Institute, "[t]here is an unfairness in [the] exposure of non-insurance RRSPs, compared to the virtually complete protection of insurance RRSPs and annuities, and most pensions." In essence, the Institute believes that "insurance and non-insurance RRSPs, DPSPs and RRIFs ..., and obligations to pay money out of such plans, should be totally exempt from all judgment creditors' remedies. No distinction should be drawn among remedies nor should the exemption be different between insurance and non-insurance products." Finally, noting that many – and perhaps most – debtors have no RRSP or have already collapsed it, the Institute argued that the "practical impact of a total exemption is likely to be minimal in most situations."

The Canadian Bankers Association shared with the Committee its view that a level playing field should be created among retirement savings and income products and indicated that the law should "[make] such products either subject to seizure in bankruptcy or exempt from seizure in bankruptcy."

The Association advocated additional research to determine if an exemption of non-insurance RRSPs from seizure in bankruptcy is an issue that needs to be addressed through legislative amendment.

The Committee found arguments made by those witnesses who urged uniformity of treatment of retirement savings quite compelling.

The Committee found arguments made by those witnesses who urged uniformity of treatment of retirement savings quite compelling. In our view, the public interest is served when Canadians save for their retirement. While some Canadians are able to do so through a registered pension plan available as deferred compensation from their employer – perhaps augmented by private savings and Registered Retirement Savings Plans – those who do not have access to a registered pension plan and those who are self-employed must rely on RRSPs.

As noted above, proceeds from a registered pension plan and some RRSPs – notably those associated with insurance policies and those that are locked in – are generally protected from seizure. The Committee is concerned about the inequity: the inequity between the treatment of registered pension plans and RRSPs, and the inequity between insurance RRSPs and non-insurance RRSPs. In our view, with this differential treatment in the latter case, there is some danger that protection would be given only to those RRSP holders who perhaps were debtors anticipating a future bankruptcy or who had received more expert financial advice. That being said, we are also fully aware of the differences that exist between registered pension plans – which are deferred compensation – and most RRSPs – which are a retirement savings vehicle that generally cannot be viewed as deferred compensation. Moreover, we are also aware that registered pension plans provide primarily retirement benefits and that contributions are locked in until that time, while funds in RRSPs that are not locked in can currently be used for purposes that are not restricted to retirement, since they can also be used for home purchases and education under certain circumstances or collapsed and used for other purposes.

In the past, in particular during our examination of Bill C-5, the Committee expressed support for exempting all

RRSPs from seizure in bankruptcy, subject – of course – to appropriate measures to prevent abuse. In seeking uniform treatment that would make exemption rules more equitable and provide consistent protection to all RRSPs, regardless of their type, we urged the federal government to address the inequities that exist between insurance and other RRSPs.

Fairness to debtors requires equitable treatment among retirement savings vehicles, while fairness to creditors requires that RRSPs be locked in and that contributions in the year prior to bankruptcy – when the funds could reasonably have been used to pay debts – be available to satisfy their claims.

The Committee's views have not changed. We continue to believe that amendments are needed to ensure fairness. Fairness to debtors requires equitable treatment among retirement savings vehicles, while fairness to creditors requires that RRSPs be locked in and that contributions in the year prior to bankruptcy – when the funds could reasonably have been used to pay debts – be available to satisfy their claims. From this perspective, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to exempt funds in all Registered Retirement Savings Plans from seizure in bankruptcy, provided that three conditions are met: the Registered Retirement Savings Plan is locked in; contributions made to the Registered Retirement Savings Plan in the one-year period prior to bankruptcy are paid to the trustee for distribution to creditors; and the exempt amount is no greater than a maximum amount to be set by regulation and increased annually in accordance with increases in the cost of living as measured by the Consumer Price Index.

Education Savings Plans, previously known as Scholarship Trust Plans, have existed in Canada for more than four decades as a vehicle to save funds to finance the cost of future post-secondary education of children. Capital was returned to the plan holder, while the income on the capital was paid in the form of a scholarship to students pursuing post-secondary studies at a degree-granting institution. Income earned in the Plan was attributed to the plan holder as earned income, and was taxed. During the 1970s, tax sheltering for funds held in these Plans resulted in the development of Registered Education Savings Plans (RESPs).

Except in special circumstances, proceeds from an RESP may only be used to finance post-secondary education.

In 1998, the federal government created the Canada Education Savings Grant (CESG), which has increased participation in RESPs. Under the program, the government matches up to 20% of the first $2,000 contributed annually by Canadian residents to an RESP. The Grant may only be paid to students attending approved post-secondary institutions. By the end of 2000, there were approximately 1.7 million RESP contracts with more than $7.1 billion in assets under administration, up from about 700,000 contracts with about $2.4 billion in assets three years earlier.

In the event that the RESP plan holder becomes bankrupt, the trustee withdraws the contributions made by the plan holder and the Canada Education Savings Grant is returned to the federal government.

Believing that RESPs serve the public interest by encouraging a more highly educated population, some have argued that RESP funds should be exempt from seizure in bankruptcy; in their view, federal assistance to RESPs and support through the CESG indicate the importance that is placed on education. Others, however, suggest that granting such an exemption would disadvantage creditors by reducing the moneys available for distribution to them and eroding the principle of a fair distribution of assets in bankruptcy. As well, in their view, RESPs could be viewed as an investment, which should receive the same treatment in bankruptcy as other investments.

Believing that RESPs serve the public interest by encouraging a more highly educated population, some have argued that RESP funds should be exempt from seizure in bankruptcy ...

The Committee received testimony from the RESP Dealers Association about the treatment of Registered Education Savings Plans when the plan holder becomes bankrupt. The Association suggested that, with the rapidly increasing costs of post-secondary education, "RESPs are often the only secure investment vehicles that children have to fund their post-secondary education needs. Against this background, all funds (principal, interest, CESG) should be

fully protected and shielded from creditor seizure in the event of a bankruptcy filing." In its view, "the concept of shielding RESPs from creditor seizure is akin to shielding life insurance policies which already receive protection." According to the Association's calculations, the maximum that would be shielded from creditors over a span of an average Plan duration of 15 years would be $19,649 in principal, interest and Canada Education Savings Grant contributions.

The Association also noted the need to strike an "equitable balance ... between the promotion of consumer protection rights and securing the rights of creditors." From this perspective, it recommended that any new RESP opened, or any non-standard principal contributions made, within one year or less of the date of bankruptcy filing should not be accorded any level of protection. Finally, because of the existence of different client categories, it recommended different levels of protection for the custodial parents of a beneficiary and persons other than the custodial parents of the beneficiary.

The Committee, too, supports the notion of a highly educated workforce and believes that there is a federal role in this regard. In our view, however, it is not appropriate for the funds in an RESP to be entirely protected from seizure in the event of the plan holder's bankruptcy. In addition to the CESG, the federal government has a variety of grants and loans that assist students in pursuing post-secondary education. In this instance, our focus is on fair treatment for both creditors and the beneficiaries of RESPs. Fairness for creditors suggests that the moneys available for distribution to them should be as great as is reasonably possible, while fairness for the beneficiaries of RESPs suggests that they should be able to access moneys that have been saved for their education. We believe, as we did with RRSPs, that the funds should be locked in as a means of ensuring that they are used for the intended purpose – education – and that contributions in the year prior to bankruptcy should be available to satisfy creditors claims, since those contributions

In our view, however, it is not appropriate for the funds in an RESP to be entirely protected from seizure in the event of the plan holder's bankruptcy.

could reasonably have been available to pay debts. Consequently, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to exempt funds in a Registered Education Savings Plan from seizure in bankruptcy, provided that two conditions are met: the Registered Education Savings Plan is locked in; and contributions made to the Registered Education Savings Plan in the one-year period prior to bankruptcy are paid to the trustee for distribution to creditors.

C. Reaffirmation Agreements

A reaffirmation agreement is an agreement between a bankrupt and his or her creditor(s) to reaffirm – or revive – responsibility for pre-bankruptcy debts that have been discharged. Reaffirmation can occur through conduct or through express agreement. The first type of reaffirmation occurs when the bankrupt continues to make payments to creditors following the discharge of the relevant debts; the Court has interpreted this conduct by the bankrupt as re-establishing his or her promise to make payments. The second type of reaffirmation occurs when bankrupts expressly enter into written agreements with creditors to repay discharged debts. The Court is likely to enforce these agreements where sufficient or new consideration is offered, such as the granting of new credit.

A number of considerations exist with respect to such agreements. One issue is the extent to which reaffirmation agreements of either type are occurring within Canada. No data are available, although anecdotal evidence suggests that reaffirmation is occurring as a condition of new credit. As well, there may be reasons why a discharged bankrupt might want to make payments voluntarily; consider, for example, loans that have been made by relatives or creditors with whom the debtor has had a longstanding relationship. There is some concern that reaffirmation of discharged debt undermines the fresh start principle, although it may be the sole means by which a bankrupt can obtain credit and in some cases may be in the best interest of both parties.

No data are available, although anecdotal evidence suggests that reaffirmation is occurring as a condition of new credit.

At present, the BIA is silent on the issue of reaffirmation agreements, although the Court has permitted such agreements in certain circumstances.

The Committee received arguments from witnesses both for and against reaffirmation agreements. Regarding reaffirmation by conduct, the Personal Insolvency Task Force told the Committee that "bankrupts did not, in general, intend to reaffirm their pre-bankruptcy promises; instead, they

probably continued to make the payments in order to retain possession of the leased or mortgaged asset and did not appreciate that they were reaffirming their covenant to pay." It recommended that reaffirmation agreements in respect of unsecured transactions be prohibited in all circumstances and prohibited except subject to certain conditions in respect of secured transactions; the conditions are related to such matters as the possession of the asset when the written reaffirmation agreement is signed, limits on the amount that can be reaffirmed, time limits within which reaffirmation can occur, and an opportunity for a bankrupt to rescind a reaffirmation within a certain period of time.

[The Committee learned that] there is also the danger that discussions between debtors and creditors may occur at a point of relative vulnerability of debtors, who might be susceptible to pressure.

The Task Force also believed that it should be an offence, under the BIA, for a creditor who knows about a bankrupt's discharge to accept payment of any indebtedness released upon the bankrupt's discharge, except in certain circumstances, including voluntary payments made by a discharged bankrupt to a relative. Moreover, it recommended that reaffirmation not occur through the continuation of payments or through any other conduct, since decisions by bankrupts in this regard may be uninformed. In general, the Task Force's view was that reaffirmations are inconsistent with the fresh start principle. There is also the danger that discussions between debtors and creditors may occur at a point of relative vulnerability of debtors, who might be susceptible to pressure.

Supporting the general thrust of the Task Force – if not its recommendations, which they view as too complex and probably unworkable in practice – Professors Ziegel and Telfer shared their view that "abuses in reaffirmation agreements need to be curbed." They identified the need for further study of existing reaffirmation practices in Canada.

The Canadian Bar Association supported only the Task Force's proposal with respect to reaffirmation by conduct, arguing that "[r]eaffirmation should not occur through unconscious or unknowing acts," and expressed concern about limiting the individual autonomy of Canadians without exploring other, less intrusive, means of controlling the alleged

abuse. In its view, "there is insufficient evidence or justification at this time to warrant regulating voluntary reaffirmations at all."

The Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada, on the other hand, did not support the Task Force's position, and advocated greater study into the scope and frequency of reaffirmation agreements and the correct policy response.

Omega One Ltd. told the Committee that, in its opinion, there are "very few attempts by arm's-length creditors to obtain payment for an unsecured debt that was previously discharged by bankruptcy. … In our experience, this practice (while very rare) is usually generated by a customer request. … Canadian credit providers will usually accept gratuitous repayment for previously discharged debts, but the offer must come from the customer and there must be no coercion." Perceiving that this situation is not problematic, the organization felt that legislative provisions are unnecessary.

The Canadian Bankers Association, too, argued that "[t]here should be no legislation put in place to prohibit such agreements. It should be left to individual consumer choice whether they wish to repay a debt after that debt has been extinguished. … Some borrowers want to redeem their standing with a particular creditor and this should be allowed." It suggested that credit counselling can be used to "prevent unscrupulous creditors from taking advantage of bankrupts."

In the Committee's opinion, banning reaffirmation agreements is simple, consistent with the fresh start principle and supports the objective of fairness in the distribution of assets …

The fresh start principle is a hallmark of insolvency law in Canada. From this perspective, individuals who declare bankruptcy are able to begin again, with only their non-dischargeable debts. Reaffirmation agreements are inconsistent with this principle. In the Committee's opinion, banning reaffirmation agreements is simple, consistent with the fresh start principle and supports the objective of fairness in the distribution of assets, which would be undermined if

some creditors continued to receive payment under such an agreement but others did not. This approach would also contribute to the goal of predictability, since reaffirmation agreements would be disallowed in all cases. For these reasons, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to prohibit reaffirmation by conduct or by express agreement.

D. Summary Administration

Canada has had a simpler and less expensive bankruptcy process for consumer debtors with few assets since 1949. Before the 1992 amendments to the BIA, only debtors with assets valued at less than $500 could use the summary administration – or simplified – process. Recognizing, however, that many debtors had minimal exempt unsecured assets and that a simpler, less expensive bankruptcy process was needed for them, amendments to the BIA in 1992 raised the asset threshold to $5,000, thereby enabling more debtors to use the simplified process. Since then, the asset threshold has been increased again, to $10,000, and the summary administration procedure was used in more than 96% of the bankruptcies administered by the Office of the Superintendent of Bankruptcy (OSB) in 2002, an increase from 83.2% in 1987.

... the summary administration procedure was used in more than 96% of the bankruptcies administered by the Office of the Superintendent of Bankruptcy (OSB) in 2002, an increase from 83.2% in 1987.

In the summary administration process, some of the requirements of the ordinary process are either streamlined or eliminated; for example, newspaper bankruptcy notices are not required, creditor meetings are held only on request and there is no requirement that inspectors be appointed. The trustee does, however, hold an initial assessment interview with the debtor, send documents to creditors and prepare a report that includes information on the bankrupt's affairs, the causes of the bankruptcy, the debtor's conduct before and after the bankruptcy, and a recommendation regarding whether the debtor should be automatically discharged after nine months in bankruptcy. The OSB and creditors may oppose the trustee's recommendation and/or the debtor's discharge.

The ordinary administration procedure is used where the bankrupt's realizable assets will exceed $10,000. With this process, creditors meet and may confirm the appointment of the trustee selected by the debtor or may appoint a trustee selected by them. They may provide the trustee with directions about the administration of the bankrupt's estate, and may vote on the appointment of inspectors to assist the trustee.

As noted earlier, the Personal Insolvency Task Force made a number of recommendations for change regarding procedural issues in consumer proposals and bankruptcies, many of which would provide a more streamlined and less costly process if adopted, since they would allow the parties involved to choose their level of involvement on the basis of "by exception rather than by rule." The recommendations are not discussed here, but are presented in Chapters 4 and 5 of its report.

In presenting its view on the summary administration process, the Canadian Bankers Association suggested that the Task Force's proposal "provides a reasonable balance between keeping costs down and protecting the integrity of the process." It, too, identified the cost savings that would likely result with streamlining, and noted that these savings should increase disbursements to creditors. Describing the proposed changes as "reasonable and appropriate," the Canadian Bar Association also advocates the adoption of the recommendations in Chapters 4 and 5 of the Task Force's report. Finally, the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada argued for an increase in the asset value permitted under summary administration to $15,000. They believed that the amount should be "updated so as not to exclude people unnecessarily."

We believe ... that there is a need not only to take action to minimize the number of bankruptcies, but also to ensure that cases that do arise are addressed as effectively and efficiently as possible, while ensuring the ongoing integrity of the insolvency system.

The Committee is aware that bankruptcy cases are rising in Canada, that the Office of the Superintendent of Bankruptcy is facing resource constraints, and that more cases generally means higher costs – both economic and societal – for all. We believe, therefore, that there is a need not only to take action to minimize the number of bankruptcies, but also to ensure that cases that do arise are addressed as effectively and efficiently as possible, while ensuring the ongoing integrity of the insolvency system. In view of our desire to respect the fundamental principles of efficiency and effectiveness, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be reviewed in order to eliminate all unnecessary procedural requirements and to provide parties to a bankruptcy with an opportunity – to the extent possible – to choose their level of involvement in accordance with a "by exception rather than by rule" approach. Moreover, the use of electronic communication should be encouraged in order to simplify and expedite the insolvency process.

E. Non-Purchase Money Security Interests in Exempt Personal Property

In most provinces/territories, creditors can take security on personal property located in a person's home, even though that property would otherwise be exempt under provincial/territorial law from seizure in bankruptcy or in the event of a consumer proposal. For example, consumer loan companies may -- as a condition of granting a loan – take a security interest in household goods or vehicles, even if the credit is unrelated to the purchase of those items and the items are exempt from seizure in bankruptcy. This security interest is also known as a lien or a non-purchase money security interest in exempt personal property. It differs from a purchase money security interest, where the goods bought with the credit are the security.

There has been some criticism of this practice, since it is possible that such lenders could threaten to repossess the household property – even if limited in value – in order to perhaps obtain better treatment than other creditors and perhaps more than the property is worth at fair market value. In essence, intimidation may be used by the lien holder to obtain a preference. Trustees may also feel pressured to satisfy lien holders ahead of other creditors in order to ensure that the debtor and his or her family retain their personal property. In general, problems such as these arise in relation to motor vehicles.

The BIA does not contain provisions to protect a bankrupt's personal property that would otherwise be exempt under provincial/territorial law.

The BIA does not contain provisions to protect a bankrupt's personal property that would otherwise be exempt under provincial/territorial law. Provincial/territorial consumer legislation has application to these issues, but some feel that additional controls are also needed.

Witnesses shared a variety of views on this issue. The Personal Insolvency Task Force studied non-purchase money security interests in exempt personal property and

recommended that the BIA be amended to avoid such interests in property that would otherwise be exempt from seizure. In its view, the proposal should apply to consumer proposals as well as bankruptcies, and should "extend to all non-purchase money security interests in exempted property intended for use or consumption of the debtor or the debtor's family, including apparel, household furnishings and motor vehicles." Regarding motor vehicles, it believed that the provisions should apply to any motor vehicle owned by a debtor that is exempted from the assets to be divided among creditors. In the event that the value of creditors' non-purchase money security interests in apparel and household furnishings exceed the value of the exemption provided in the BIA, the debtor should select the items that are to be exempt from seizure; regarding a motor vehicle, the lender should be required to pay the debtor the exempted amount before he or she can enforce the security interest.

Moreover, the Task Force informed the Committee that "the non-uniformity in the provincial treatment of this important aspect of exemption legislation will continue in the foreseeable future [and] justifies the need for a federal provision to ensure that all bankrupts, and those making consumer proposals, will have a uniform level of protection."

Professors Ziegel and Telfer supported the avoidance of non-purchase money security interests in exempt household goods and vehicles, as did the Canadian Bar Association, the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada.

Expressing a different view, the Canadian Bankers Association opposed any change that would render unenforceable such security interests. In its opinion, if lenders have security over non-household goods, they should be able to realize on the security in accordance with the agreement reached with the debtor; otherwise, credit availability could be reduced and the cost of credit could rise. The Association did, however, support measures that would prevent the use of coercive tactics.

... the Committee believes that the proposal made by the Personal Insolvency Task Force has merit.

Like a number of our witnesses, the Committee believes that the proposal made by the Personal Insolvency Task Force has merit. It would ensure a uniformity of protection across Canada, would safeguard the basic necessities of life for an insolvent debtor and his or her family, and could reduce problems arising from reaffirmation agreements. In essence, the fundamental principles of fairness, predictability and consistency would be assisted. As a consequence, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to prohibit non-purchase money security interests in property that would otherwise be exempt from seizure in bankruptcy. Property should be defined to include exempted property intended for use or consumption by the debtor or the debtor's family, and should encompass apparel, household furnishings and motor vehicles owned by the debtor.

F. Mandatory Counselling

At present, first-time bankrupts must undertake two mandatory counselling sessions prior to receiving an automatic discharge from their dischargeable debts; counselling is also required with respect to consumer proposals. Costs are paid out of the bankrupt's estate, which in essence means that creditors are financing the counselling sessions, since the moneys available for distribution are thereby reduced. It is thought that counselling has been effective in: helping insolvent debtors to manage better their financial affairs; changing behaviour; and developing skills and acquiring knowledge. Given the timing of mandatory counselling, however, it is perhaps most useful in helping to avoid future problems; earlier sessions might be considered as a mechanism to help debtors avoid insolvency and thereby reduce the possibility of bankruptcy. As well, it should be noted that a debtor may become insolvent even if he or she has exemplary financial management skills, since insolvency is often related to an unforeseen personal or business event.

It is thought that counselling has been effective in: helping insolvent debtors to manage better their financial affairs; changing behaviour; and developing skills and acquiring knowledge.

In general, the Committee's witnesses supported the concept of counselling. Credit Counselling Canada told us that "individuals who make a consumer proposal or file for bankruptcy [should] be compelled to attend compulsory counselling sessions given by properly trained credit counsellors." In its view, individuals "benefit tremendously" from this counselling, which is "an important component in the financial rehabilitation of individuals."

The organization also shared with the Committee the importance of properly trained counsellors and suggested the establishment of standards in order to ensure some uniformity in the level of counselling; in its view, training must go beyond the BIA Insolvency Counsellor's Qualification Course. Credit Counselling Canada also believed that the timing of the counselling sessions should be re-evaluated, and recommended the addition of a third mandatory session.

A third mandatory counselling session was also suggested by the Union des consommateurs, which

commented more generally on the lack of standardization of the content and duration of these sessions. The group also recommended fines for trustees who fail to give mandatory counselling, with the moneys used "to develop training programs and to support outreach campaigns, or to fund consumers' associations offering services across Canada."

Professors Ziegel and Telfer argued that if mandatory counselling provisions are retained, they should be "matched by provisions addressing irresponsible credit granting practices and (i) authorizing courts, *inter alia*, to subordinate creditors' claims against the estate where the creditor has shown clear carelessness or recklessness in extending credit to the consumer debtor, and (ii) extending the powers of inquiry of the Superintendent of Bankruptcy to include credit granting practices." In their opinion, there is a "striking disparity between requiring consumer insolvents to receive credit counselling while no restrictions are imposed on the credit granting practices of retailers, lenders, and credit card companies." They also support federally sponsored studies of the effect of credit counselling on bankruptcy, and credit education for consumers, including earlier in their careers and at the high school level.

Finally, the Canadian Bankers Association supported counselling provided by an independent party in order to ensure that borrowers are educated about their alternatives, and the pros and cons of each. It recommended that consideration be given to amending the BIA to require mandatory independent counselling prior to declaring bankruptcy.

The Committee strongly believes that prevention is better than a cure. While we recognize that insolvency often occurs for reasons completely unrelated to financial management skills, we hold the view that mandatory counselling is important in helping bankrupts to avoid future financial difficulties.

The Committee strongly believes that prevention is better than a cure. While we recognize that insolvency often occurs for reasons completely unrelated to financial management skills, we hold the view that mandatory counselling is important in helping bankrupts to avoid future financial difficulties. The timing and content of counselling is, however, the key to success, and we wonder whether the mandatory counselling required for automatic discharge may be, in some sense, "too little too late." That being said, we support mandatory counselling as a contributor to the

principles of responsibility and fairness. We, as a nation, have a responsibility to help our citizens avoid financial difficulty, if we can, and citizens have a responsibility to do what they can to avoid the insolvency that has social and economic costs for themselves, their families and our country. In fairness, we must help each other avoid these costs. It is for these reasons that the Committee recommends that:

In fairness, we must help each other avoid [the social and economic] costs [associated with bankruptcy].

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to require the completion of mandatory counselling by first-time and second-time bankrupts as a condition of automatic discharge from bankruptcy available after 9 and 21 months respectively. Debtors making a consumer proposal should also undertake mandatory counselling. The nature and timing of mandatory counselling should be examined to ensure its effectiveness.

G. Consumer Liens

Consumers often must leave a deposit with a retailer in partial payment for goods or services to be delivered or provided at a later date; in some cases, the consumer will pay for the good or service in full, but will await delivery. If the vendor goes bankrupt before the goods or services are received by the consumer, he or she generally has an unsecured claim and no realistic chance of recovery.

Consumer liens exist in order to protect to consumer depositors who may not view themselves as creditors and who do not intend to incur risk.

Consumer liens exist in order to protect consumer depositors who may not view themselves as creditors and who do not intend to incur risk. These liens rank ahead of secured claims and protect a particular group of creditors at the expense of other creditors. As well, they may affect the availability and cost of credit. Like non-purchase money security interests, the issue of consumer creditors can be addressed in provincial/territorial legislation.

At present, the BIA contains no provision for consumer liens.

The Consumers Association of Canada made the point that "[i]n commercial transactions (business to business) the assumption is usually made that the parties to a transaction, whether it be a loan or extending credit for the purchase of goods and/or services, are in a position to assess the risk, or to seek appropriate assistance, and make an informed decision. In a consumer to business transaction ... the positions of the participants are not equivalent. Even when following the basic principle of 'caveat emptor'/buyer beware and avoiding situations which appear to be risky, the consumer is basically at the mercy of the vendor."

The Association cited examples of consumers who purchase advance tickets to public performances that are subsequently cancelled and air travellers who purchase a ticket to fly on an air carrier that subsequently ceases operations.

Similar situations arise when consumers make deposits on merchandise that is unavailable at the time but will be delivered in the future, and when they purchase goods for future delivery or use. In its view, consumer protection legislation is deficient, and any moneys given to a vendor for future goods or services should be returned; in effect, the moneys have been held in trust and should not be included among the assets seized and subsequently liquidated by the trustee.

The Canadian Bankers Association, however, suggested to the Committee that the BIA should not be amended to enact a consumer lien provision. In its view, such a change would limit credit availability and increase borrowing costs. Moreover, efficiency would be affected, since creditors would be unable to determine accurately the financial position of borrowers.

... it is our view that protecting a particular group of creditors at the expense of other creditors is perhaps unfair, could affect efficiency, and should only occur after very careful consideration of any unintended consequences that might result.

While the Committee has sympathy for individuals who find themselves disadvantaged when a vendor to whom they have given a deposit or made a purchase for future delivery becomes bankrupt, we believe that it would be inappropriate for the issue to be addressed within federal legislation. As well, it is our view that protecting a particular group of creditors at the expense of other creditors is perhaps unfair, could affect efficiency, and should only occur after very careful consideration of any unintended consequences that might result. For these reasons, the Committee recommends that:

The issue of consumer liens continue to be addressed within provincial/territorial consumer protection legislation.

H. Student Loans

Evidence reveals that a minority of student loan borrowers in Canada experience severe difficulty in repaying their student loans, and those that default do so not because they do not want to pay their debt, but rather because their financial situation is such that they cannot pay. Moreover, those that file for bankruptcy and have student loan debt are thought to have a more difficult financial situation than that of the average person who seeks bankruptcy protection.

Canada has a long history of assisting students who wish to pursue post-secondary education.

Canada has a long history of assisting students who wish to pursue post-secondary education. For almost four decades, the federal government has assisted needy students through loans that are interest-free while they are in school, with a six-month grace period after leaving school before interest payments are required. At present, about 350,000 students annually benefit from the federal Canada Student Loans Program, and the majority of these students repay their loans in full and on time. As noted below, those that are unable to do so can access a variety of debt management measures to help avoid bankruptcy. Students may also access provincial/territorial student loan programs.

In the last decade, relatively significant changes have occurred with respect to the treatment of student loans under the BIA, perhaps because of rising levels of default among student loan holders in the early 1990s. In the 1990-1991 period, more than 5,600 borrowers holding $40.5 million in student loans declared bankruptcy. Five years later, about 11,000 borrowers filed for bankruptcy; they held more than $100 million in student loans. Over the 1990-1997 period, about 53,000 borrowers declared bankruptcy or participated in a bankruptcy-related event, holding about $445 million in federal student loans at the time; most did so within seven years after leaving school. This bankruptcy activity meant losses for governments and, through them, for taxpayers.

Prior to 1997, student loan debt was treated in the same manner as other consumer debt; in general, student loans were discharged along with other debt provided the trustee or creditor did not believe that students were abusing the system, in which case they could oppose the discharge or creditors could refuse to accept a consumer proposal.

Amendments to the BIA that took effect in September 1997, however, changed the status of student loan debt and, some believe, moved the insolvency system away from the goal of reducing the extent to which any particular class of creditors receives special treatment under the Act. In particular, student loan debts were made non-dischargeable if a debtor filed for bankruptcy before ceasing full- or part-time studies or within two years after studies were completed. A debtor who went bankrupt during the two-year period could, however, apply to the Court at the end of the period for discharge of his or her student loan debt; the Court could order a discharge if the student demonstrated that he or she had acted in good faith in trying to repay the debt but was unable to do so and repayment would result in significant hardship. Those who filed for bankruptcy after the two-year period could have their student loans discharged in a manner similar to other consumer debt during the bankruptcy process. It is thought that the change was made, in part, in order to safeguard the sustainability of the Canada Student Loan Program.

Amendments to the BIA that took effect in September 1997, however, changed the status of student loan debt and, some believe, moved the insolvency system away from the goal of reducing the extent to which any particular class of creditors receives special treatment under the Act.

Also in that year, the federal Budget extended the period for which eligible borrowers meeting certain income requirements could receive interest relief. In particular, the period was increased from 18 to 30 months and made available throughout the loan repayment period. As well, no interest or principal payments are required when receiving interest relief, and interest does not accrue.

Amendments to the BIA in 1998 increased the two-year period during which student debt could not be discharged to ten years. Other changes were also made to the Canada Student Loans Program as a consequence of the 1998 federal Budget, and these were thought to provide students

with assistance that would help them to avoid bankruptcy induced by their student loan debt. Interest relief periods were again extended, so that students with income below the established income thresholds – which were increased by 9% – could be eligible for up to 54 months of interest relief within the first five years of completing their studies which, when combined with the six-month grace period, allows the deferment of payments on interest and principal for the first five years after leaving school. Moreover, federal income tax credits on interest paid on government student loans were created, and a debt reduction in repayment measure was introduced. Two grant programs were also established, including the Millennium Scholarship Fund providing students with non-repayable grants.

More recently, the 2003 Budget announced enhancements to the debt reduction in repayment program by, among other initiatives, removing the restriction that limited debt reduction to 50% of outstanding debt, so that borrowers are now eligible for an initial loan remission of up to $10,000, and by creating an additional reduction of up to $5,000 one year after the initial debt reduction if the borrower is still in financial difficulty, with a further reduction of up to $5,000 available two years after the first reduction if the financial difficulty continues to exist. Moreover, students who default on their Canada Student Loans or who have declared bankruptcy have access to interest relief.

Views on the treatment of student loan debt in discharge are diverse.

Views on the treatment of student loan debt in discharge are diverse. Some believe that the ten-year period is too onerous, and that it is inconsistent with the fresh start principle, the public interest aspect of a highly educated workforce and the principle that all types of consumer debt should be treated similarly. Others, however, feel that incentives are needed to prevent abuse and to ensure that governments, and through them taxpayers, do not experience unacceptable loan losses.

The Personal Insolvency Task Force noted arguments both for and against the special treatment of the discharge of student loan debt. Arguments against immediate

dischargeability include: former students may be insolvent only temporarily, and do have the ability to repay their loans because they will have higher-than-average income in the future; allowing immediate discharge would increase federal and provincial/territorial government student loan losses; and debt relief – such as the interest and debt relief programs offered by the federal and some provincial/territorial governments – is available to former students that should reduce the extent to which bankruptcy is required.

Regarding these arguments, the Task Force made the point that while the interest and debt relief programs do provide relief that is not available to other debtors, they "are not a replacement for bankruptcy as a method of providing a 'fresh start'." Moreover, the Canada Customs and Revenue Agency could also face large losses that "could be relieved by prohibiting debtors from discharging their debts. Why should those making student loans receive special treatment?"

Arguments also exist, however, to support the immediate discharge of student loan debt, including: student loans are no different than other dischargeable consumer debt; the non-dischargeable nature of student debt constitutes discrimination on the basis of age, which is a violation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and some debtors experience particular hardship that makes repayment of their student loans virtually impossible.

After consideration of these arguments, the Task Force recommended that – with respect to both consumer proposals and bankruptcy – the BIA be amended in order to: reduce the length of time prior to discharge of student loans to five years after the conclusion of full- or part-time studies; allow, on the basis of a Court-administered hardship hearing, the discharge of student loans at any time more than one year after the completion of full- or part-time studies; and clarify that partial discharge of student loans is allowed as a consequence of a Court-administered hardship hearing.

Most of the Committee's witnesses supported the general thrust of the conclusions reached by the Task

Force, and told the Committee that the current treatment of student loan debt is burdensome. From their perspective, the requirement that students must wait ten years before their student loan debt can be discharged is too onerous and should be eliminated or, at a minimum, shortened. Moreover, some believe that student debt should not be treated differently than other debt in bankruptcy, and that the Court should be able to discharge debt more expeditiously in cases of exceptional circumstances.

Credit Counselling Canada argued for a "significant reduction" in the ten-year period, and suggested that "[t]he ten-year period during which discharge … is not allowed is often a period of social atrophy. With this and often other debts a financially struggling individual faces a form of economic void as he or she wades through the waiting period. The individual is thus neither able to pay the debt, nor is he or she able to move on under the traditional auspices of bankruptcy proceedings. … [A] person in these circumstances should not face such a needless period of unproductivity." As well, it believed that student loans should not be treated in a significantly different manner from other dischargeable personal debts.

Professors Ziegel and Telfer also argued for earlier discharge of student loans, and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada supported the Task Force's recommendations. The groups also recommended, however, an amendment to the BIA to define clearly what constitutes "studies." In their view, "[t]here should also be a clear definition of when the bankrupt has left school, perhaps linking the discharge period to the specific study program or period for which the loan was given. This issue requires further study."

The onerous nature of the ten-year period was echoed by Ms. Viola Doucet, a non-discharged bankrupt with student debt, who told the Committee that "[individuals with student debt] need a way out, and to wait 10 years is not reasonable. Our lives are on hold. That is why we are here today, to

support the change [to] 5 years [and to argue for such individuals] to present themselves [to] a judge to be discharged … earlier [in exceptional cases], because no matter how long they wait, their situation will not get any better." The frustration that some individuals with student loans feel was also presented to us by Ms. Lori Gravestock who, with a high level of student debt, said that "[f]iling for bankruptcy seems to be my only option."

The frustration that some individuals with student loans feel was also presented to us … .

Ms. Doucet's position was supported by her trustee, Mr. Paul Stehelin, Trustee in Bankruptcy with A.C. Poirier & Associates. He noted that the ten-year threshold was enacted without consultation with stakeholders – a point also made by the Canadian Federation of Students – and argued that the inability of judges to grant a discharge of student loan debt within the ten-year period in cases of exceptional circumstances is "an extraordinary provision." He, too, supported a reduction from ten years to five years and the ability of judges to discharge student debt in fewer than ten years in cases of hardship.

Mr. Stehelin also addressed the assertion that student debt should be treated differently than other debt because it is made on the "expectation of future earnings." He argued that "all of the credit card debt that students [are] granted during their student years is on the basis of an expectation of future income. … [T]here really is no difference between a student loan, a credit card or student line of credit, all of which are made on an unsecured basis and in expectation of future income."

The Canadian Federation of Students agreed that "there is no doubt that throughout the 1990s students had a more difficult time repaying their loans. … [S]tudent debt went from an average of $8,000 in 1990 to $25,000 in 1998 … . Tuition fees rose by 126% and grants were eliminated in most provinces. … The reality is that students were and are taking on huge debt to finance an education. In addition, as a needs based system, those who borrow the most are those that come to the system with the least. … [T]he social suffering this law has caused continues to mount."

The Federation also commented on other aspects of the Canada Student Loan Program. The Committee was informed that "[t]hough students are currently eligible for interest relief for a maximum of 5 years after graduation, eligibility for the program is dependent upon the loan being in good standing. … [I]f you don't miss your payments you are eligible for assistance – such a restriction ignores the reality that for those students with the highest debt, making the payments on the principal is a burden they cannot meet." It urged the federal government to repeal this "regressive legislation," and to "enact concrete solutions to address the problem of student debt. Students who borrow under the [Canada Student Loan Program] do so to finance an education and expand their ability to productively participate (sic) in society."

The Canadian Alliance of Student Associations described the requirement that individuals must wait ten years after leaving school before the discharge of their student debt as "very poor public policy" and noted the lack of public consultation before the two-year period was increased to ten years. Like most witnesses, the group recommended that the BIA be amended to permit the discharge of student loan debt five years after leaving school. It believed that such a change would strike the correct balance between "the protection of the financial sustainability of the Canada Student Loan Program and the need to treat all individuals who have fallen into serious financial misfortune in a fair and compassionate manner."

A reduction in the ten-year discharge period to five years and the possibility of a hardship hearing were supported by the Canadian Bar Association, which noted its awareness of "the hopelessness of some former students … . [The ten-year] restriction is not compatible with Canadian values of fairness and equality."

The Canadian Bankers Association advocated no change in the treatment of student loan debt, and made particular mention of the federal government's interest relief program.

The Committee believes that investing in a post-secondary education is an increasingly risky undertaking, particularly in the changing environment in which we all live. Students may invest considerable time and financial resources in a chosen course of study, only to find that upon graduation they are unable to find secure, adequately remunerated employment and in their chosen field; some are not able to find employment at all, or find themselves underemployed. As well, some may leave their post-secondary studies prior to graduation. There is, quite simply, no guarantee that the investment made in post-secondary education will yield the expected return on that investment. That being said, our future prosperity as a nation requires a highly educated and highly skilled workforce, which necessitates investments in post-secondary education.

The Committee believes that investing in a post-secondary education is an increasingly risky undertaking, particularly in the changing environment in which we all live.

At the same time, the Committee is aware that taxpayers bear a cost for student loans in a number of ways. First, taxpayers – through provincial/territorial and federal governments – pay the interest on student loans from the time when the loan is made until a certain period following graduation, at which point the student borrower begins to pay the interest. Second, taxpayers – again through provincial/territorial and federal governments – bear the costs associated with default on student loans. Moreover, loans are given without consideration of the future ability of the student borrowers to repay their student loan debt, which could be the cause of at least some defaulted loans.

From a public interest perspective, the dual goals of providing incentives for the post-secondary education needed to ensure a properly skilled and educated workforce for our future and of ensuring that taxpayers do not bear an unreasonable cost associated with government-sponsored student loans must be met. While the Committee supports the range of federal initiatives that exist to support post-secondary education, like the majority of our witnesses we believe that the ten-year period is unduly onerous and that judges must have the discretion to act in cases of exceptional circumstances. For a variety of reasons, however, including considerations related to the period of interest relief provided in the Canada Student Loan Program, we do not believe that

a two-year period is appropriate. Moreover, we are convinced that, in circumstances of undue hardship, earlier discharge is appropriate. The changes we recommend will, in our view, contribute to fairness for both students and taxpayers, and contribute to accessible post-secondary education for more of our residents. From this perspective, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to reduce, to five years following the conclusion of full- or part-time studies, the length of time prior to permitting the potential discharge of student loan debt. As well, the Act should allow the Court the discretion to confirm the discharge of all or a portion of student loan debt in a period of time shorter than five years where the debtor can establish that the burden of maintaining the liability for some or all of the student debt creates undue hardship.

I. Discharge from Bankruptcy and the Treatment of Second-Time Bankrupts

Prior to discharge from bankruptcy, a debtor's trustee in bankruptcy files a report with the Superintendent of Bankruptcy summarizing the material aspects of the bankruptcy, including the debtor's conduct during the bankruptcy and the factors contributing to his or her bankruptcy. The trustee must also report on whether the debtor has made any surplus income payments required and whether he or she could have made a viable consumer proposal.

At present, the BIA allows first-time bankrupts to receive an automatic discharge from bankruptcy nine months after filing for bankruptcy, provided that they undertake mandatory counselling and that there are no objections by creditors, the Superintendent of Bankruptcy or the trustee. When the discharge occurs, bankrupts are relieved from liability for their debts, with exceptions. Most of the non-dischargeable debts listed in the BIA have a public policy perspective that outweighs the importance of providing bankrupts with a completely fresh start following their discharge from bankruptcy. Included among non-dischargeable debts are: fines imposed in respect of an offence; debt for alimony or child support; and student loan debt, unless the bankruptcy is filed more than ten years after the debtor has left school.

At present, the BIA allows first-time bankrupts to receive an automatic discharge from bankruptcy nine months after filing for bankruptcy, provided that they undertake mandatory counselling and that there are no objections by creditors, the Superintendent of Bankruptcy or the trustee.

Creditors rarely oppose the automatic discharge from bankruptcy, although trustees may do so because of misconduct – such as failure to attend mandatory counselling sessions – or because the bankrupt has not contributed funds adequate to pay administrative costs and/or trustee fees. Where opposition to the discharge does occur, a judge or Bankruptcy Registrar will hold a hearing, and may delay or refuse the discharge; he or she may also make a conditional order requiring that the debtor make future payments.

Debtors who are bankrupt for the second time are currently not eligible for an automatic discharge. They must appear before the Court in order to seek a discharge, even when no opposition has been filed. It is estimated that about 10% of debtors filing for bankruptcy have been bankrupt on a previous occasion.

The Personal Insolvency Task Force told the Committee that "the workload of the courts remains high in many areas. … Any future increase in the number of bankruptcies would make it even more difficult for the courts to deal with discharges of bankrupts who are not eligible for an automatic discharge." It believes that the BIA should be amended to permit second-time bankrupts to be eligible for an automatic discharge 24 months after filling for bankruptcy, assuming there is no opposition; in situations of hardship, the bankrupt could apply to the Court to vary the duration of the bankruptcy. This change would "ensure that there is still a discernible and transparent consequence to individuals using the bankruptcy process for a second time." In its view, the Court should deal with discharges for third or subsequent bankruptcies on a case-by-case basis.

While the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada supported automatic discharge for second-time bankrupts, they recommended that the time period be 18 months from the date of filling for bankruptcy if more than five years have passed since the date of discharge of the previous bankruptcy; the 24-month period suggested by the Task Force should apply otherwise.

Omega One Ltd. told the Committee that the period of bankruptcy should be extended to a minimum of 15 months for all bankrupts – "if only to extend the discharge period beyond the twelve-month income tax cycle" – and for a period of 21 months for debtors who are able to make a contribution to their estates. The organization also noted that "all other countries with a bankruptcy discharge mechanism (except for

one US program) have a longer bankruptcy period than Canada." In Omega One Ltd.'s opinion, attention must be paid by legislators to "the growing misuse of the insolvency system by individuals who set out to take full advantage of a planned bankruptcy by obtaining property and cash soon before their assignment date."

The Committee believes that most bankruptcies occur as a consequence of events that are largely outside of the control of the bankrupt. While financial mismanagement may be a contributing factor, it alone is unlikely to result in bankruptcy in the absence of some other event. Given the unpredictable and uncontrollable nature of the events that may have bankruptcy as a consequence, we feel that the principle of fairness would suggest that we allow second-time bankrupts the opportunity for an automatic discharge, with the same possibility for opposition that exists for first-time bankrupts, but that their period prior to discharge from bankruptcy be relatively longer and that mandatory counselling be required. From this perspective, the Committee recommends that:

The Committee believes that most bankruptcies occur as a consequence of events that are largely outside of the control of the bankrupt.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide automatic discharge from bankruptcy after 21 months for second-time bankrupts who have completed mandatory counselling. The Superintendent of Bankruptcy, the trustee or any interested party should have the opportunity to oppose the automatic discharge, in the same way that the discharge of a first-time bankrupt can be opposed, thereby requiring a Court hearing.

J. Contributions of Surplus Income to the Bankrupt's Estate

... trustees are obliged to collect a prescribed portion of the bankrupt's surplus income for the benefit of the debtor's estate and, thereby, of creditors.

Since amendments to the BIA in 1997, trustees are obliged to collect a prescribed portion of the bankrupt's surplus income for the benefit of the debtor's estate and, thereby, of creditors. In determining the amount of the surplus income, the trustee considers the bankrupt's personal and family situation, and calculates the amount of surplus income with reference to standards published by the Superintendent of Bankruptcy; these standards are based on the Low Income Cut-Offs published annually by Statistics Canada. Estimates suggest that 15-20% of bankrupts have surplus income and, as such, are required to make surplus income payments.

Trustees can recommend terms of discharge from bankruptcy that require the payment of up to 12 additional monthly payments for bankrupts with surplus income. The decision made by the trustee will be based on: whether the bankrupt has met his or her surplus income obligations during the period of bankruptcy; the amount paid to the estate in relation to total liabilities; and whether the bankrupt could have made a viable consumer proposal rather than pursue bankruptcy. This discretion allows a lack of uniformity, and could give debtors an incentive to select a trustee that is unlikely to require additional payments.

In commenting on this issue, the Personal Insolvency Task Force indicated to the Committee that "bankrupts with the financial means to contribute more to their estates should ... do so, and ... additional payments should be made in almost all cases for a standard 12 months." With the current nine-month period prior to discharge from bankruptcy, the result would be a duration of 21 months for bankrupts with surplus income. It believed that trustees should recommend that bankrupts with surplus income make 12 additional months of surplus income payments to their estate, and that this requirement should be included in a directive to be developed by the Superintendent of Bankruptcy, rather than included in the BIA; the directive should specify the criteria to be used in

determining the number and amount of additional payments, but should give trustees limited discretion in cases where the additional payments would create hardship.

The Task Force's proposal was supported by the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada, although they questioned whether 12 months is the appropriate length of time and expressed concern that no studies have been done to support the rationale. In their view, "[f]urther study and data are required in order to consider the number of months that may be appropriate."

In the view of Omega One Ltd., bankrupts who are able to make surplus income payments – estimated to be 15% of bankrupts – could have made a consumer proposal but, instead, selected bankruptcy; those with the financial ability to make a reasonable contribution to their creditors should be required to do so. The organization believed that "[c]onsumers who feel a need to obtain a new car, or some other desirable item, are quite prepared to commit to credit contracts lasting 36 or 48 months. It is not unreasonable to expect bankrupts who want a discharge to make (geared to income) payments for 21 months." Similarly, the Canadian Bankers Association supported allowing bankrupts with sufficient income to make reasonable contributions to their creditors.

Professors Ziegel and Telfer disagreed with those who advocated giving trustees the power to postpone a bankrupt's discharge from nine months to 21 months where he or she has surplus income.

The Union des consommateurs argued for flexibility in the formula used to calculate the surplus income. In addition to the need to make adjustments to recognize changes in the cost of living, the group suggested that there should be "some leeway ... in [cases of] unforeseen events."

The Committee, in the interests of fairness and responsibility, believes that bankrupts with surplus income

... we believe that trustees should have the flexibility to modify the payments to relieve undue hardship ...

should be required to make contributions to their estate that would increase the moneys available for distribution to creditors; an additional 12 months appears to be an appropriate length of time. In our view, there is some truth in the notion that these individuals could, perhaps, have made a consumer proposal that would likely involve greater recovery for creditors than is likely to be the case with bankruptcy. We also feel, however, that circumstances may arise where unforeseen events make continued surplus income payments to his or her estate difficult for a bankrupt; in these situations, we believe that trustees should have the flexibility to modify the payments to relieve undue hardship, since this too seems fair. Consequently, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to require bankrupts with surplus income to contribute to their estate for a total of 21 months. Trustees should have the discretion to permit a shorter contribution period in cases of undue hardship. Surplus income should continue to be determined in accordance with the directive of the Superintendent of Bankruptcy. The discharge of the debtor should not be delayed merely because of the obligation to continue to contribute for a total of 21 months. In appropriate circumstances, a trustee should be able to seek a summary judgment to require such payments.

K. Voluntary Agreements to Make Post-Discharge Payments

Until recently, when a filing for bankruptcy was made, a debtor and his or her trustee typically entered into an agreement providing that the debtor would make payments to his or her estate which would then be distributed to creditors in accordance with the BIA, and the payments could extend into the period after the bankrupt's discharge. Except in specific situations, the payment of trustees' fees and other administrative costs have the first claim. Trustee fees may be determined by creditors or by a tariff based on a percentage of the total value of realized assets.

A 1999 ruling held that such agreements were not enforceable, and limited the flexibility of arrangements between trustees and bankrupts regarding payment arrangements. Consequently, it was less certain that trustees would receive fair and adequate compensation for their services.

Access [to the insolvency system] is ... facilitated by the OSB's Bankruptcy Assistance Program, through which trustees may voluntarily provide free services to debtors unable to afford the fees of a trustee.

The payment of trustee fees may be a barrier to access to the bankruptcy process for some debtors, since trustees who believe that it may be difficult to collect fees may require an advance or security as a condition for accepting the case. Access is, however, facilitated by the OSB's Bankruptcy Assistance Program, through which trustees may voluntarily provide free services to debtors unable to afford the fees of a trustee.

The Personal Insolvency Task Force considered a number of options for increasing the probability of adequate payment for trustees, including an across-the-board lengthening of the period before a bankrupt would be eligible for a discharge and a guarantee of compensation for services. It felt that the bankrupt's application for discharge should not be opposed by the trustee solely because of inadequate funds to pay trustee fees or the costs of administration of the bankruptcy, and that what was needed was not a guarantee of payment for trustees but rather a means by which the probability of payment was greater. In the end, it

recommended that the BIA be amended to "allow trustees to enter into voluntary payment agreements with bankrupts who do not have surplus income."

Moreover, in the Task Force's view, there should be a "ceiling on the payments made through these ... agreements ... related to the sum of trustees' fees and other administrative costs of the bankruptcy." Any agreement reached between the bankrupt and his or her trustee should not cause undue hardship for the bankrupt, and there should be a maximum 12-month limit on the time during which additional voluntary payments would be made. Failure by the bankrupt to sign such an agreement could result in opposition, by the trustee, to the discharge. The Task Force's views on the issue of voluntary agreements to make post-discharge payments were supported by the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada.

Omega One Ltd. told the Committee that "any agreement between the trustee and the bankrupt for the payment of scale fees and estate expenses should be deemed a non-dischargeable debt. This is the very first commitment that the bankrupt will have made to follow bankruptcy. ... If the former bankrupt is allowed ... to default on the very first contract he [or she] makes following bankruptcy, the rehabilitation effort is severely compromised."

Finally, Professors Ziegel and Telfer indicated that they do not support fee arrangements between a trustee and a bankrupt enforceable where the debtor's income is below Statistics Canada's Low Income Cut-Offs. They also mentioned to the Committee the Federal Insolvency Trustee Agency (FITA), through which – in the past – the federal government made low-cost bankruptcy services available through regional offices of the OSB. Although the FITA no longer exists, they recommended that it be revived in order to administer bankruptcies for insolvent persons whose income falls below the level of the Low Income Cut-Offs and who cannot afford the fees of private trustees.

The Committee believes that trustee fees may be a barrier to access for some insolvent debtors. Mindful that in Chapter Two we identified accessibility as a fundamental principle that we would like to characterize Canada's insolvency system, we believe it is appropriate that bankrupts be permitted to make an agreement with their trustees that would allow the payment of trustee fees following the discharge of the bankruptcy, with a limit placed on the amount of any such agreement. If accessibility to the insolvency system is to be a right, rather than a privilege, these agreements must be permitted. For this reason, the Committee recommends that:

If accessibility to the insolvency system is to be a right, rather than a privilege, [voluntary agreements to make post-discharge payments] must be permitted.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to allow trustees to enter into voluntary payment agreements with bankrupts who do not have surplus income. Fees payable to the trustee in accordance with such an agreement should not exceed the minimum legal amount established for summary administration bankruptcies.

L. Non-Dischargeable Credit Card Purchases

It has been argued that – according to a practice known as "bulking up" – some debtors purposely make "luxury" or non-essential purchases on their credit cards to the maximum of their credit limit, knowing that they will soon file for bankruptcy.

Omega One Ltd. told the Committee that it routinely sees cases where credit card users appear to have "formed an intention to become bankrupt, and who use their cards to the maximum allowed just before going to see a trustee." The organization believed that Canadian insolvency legislation should include a provision providing for the non-discharge of debt that is "out of character for that particular individual." This provision would include extraordinary credit usage within a short period before bankruptcy. Similarly, the Canadian Bankers Association suggested that the BIA be amended to make luxury items purchased shortly before bankruptcy non-dischargeable.

Although the Personal Insolvency Task Force considered the issue of non-dischargeable credit card purchases, it argued that this behaviour could best be addressed by the Court on the discharge hearing of the debtor.

... in our opinion, it is not efficient to examine the credit card purchases of every credit card held by the bankrupt prior to bankruptcy with a view to identifying which purchases are "luxury" or non-essential; in any event, this determination would be subjective.

The Committee supports the view of the Personal Insolvency Task Force for a number of reasons. First, we are not convinced that the problem is so severe – in magnitude or frequency – that legislative action is appropriate. Second, in our opinion, it is not efficient to examine the credit card purchases of every credit card held by the bankrupt prior to bankruptcy with a view to identifying which purchases are "luxury" or non-essential; in any event, this determination would be subjective. Third, we support the existing availability of recourses to address these types of occurrences during the bankrupt's discharge hearing and/or by an accusation of fraud. Feeling that legislative change would not contribute to the

predictability or efficiency we believe should characterize our insolvency system, the Committee recommends that:

The matter of purchases by the debtor of luxury or non-essential goods and services shortly prior to filing for bankruptcy continue to be decided either during the course of a discharge hearing or through an accusation of fraud.

M. International Insolvency

With globalization and increased mobility of labour, there are cases in which Canadians working and living in other countries experience financial difficulties and pursue relief from creditors under the insolvency legislation in their locality.

With globalization and increased mobility of labour, there are cases in which Canadians working and living in other countries experience financial difficulties and pursue relief from creditors under the insolvency legislation in their locality. These individuals may not be entitled to pursue relief under the BIA because they may not meet Canadian jurisdictional requirements for filing, and a foreign filing may not discharge their Canadian debts without a Canadian bankruptcy filing. A foreign bankruptcy discharge does not extinguish debts governed by Canadian law; a similar situation exists with respect to a foreign reorganization order that varies or modifies debt or contracts.

If and when these insolvent debtors return to Canada, any debts incurred here before leaving the country will have survived, and only a bankruptcy filing in Canada will relieve them of these debts. In essence, they will lose their assets – and undergo rehabilitation – twice. These situations may grow in number as globalization and labour mobility continue.

The international insolvency provisions in the BIA are primarily asset-based and the definition of "debtor" is restricted to those having property in Canada, which may not be the case with a foreign-resident Canadian.

Noting that "[t]he current BIA rules … do not adequately address [the] problem," the Personal Insolvency Task Force described the current situation as inadequate and argued that the BIA should recognize the discharge or compromise of an individual's unsecured debts through a foreign bankruptcy proceeding, although with safeguards against abuse and violations of policy-based exemptions from discharge in Canada law. A second option would be extending jurisdictional requirements in the BIA so as to allow non-residents to have access to the Act's remedies.

The Task Force recommended that the BIA be amended to add a provision that would recognize the effect of a foreign discharge or compromise of debt provided that certain conditions are met. In particular, it believed that individuals should be provided with the opportunity to bring proceedings to recognize a discharge or compromise of unsecured debt granted under foreign bankruptcy proceedings. Discharge or compromise of unsecured debt effected by a foreign bankruptcy proceeding should be recognized if: there is a real and substantial connection with the foreign jurisdiction; the recognition will not violate Canadian norms of public policy; the foreign procedure was not unfair or prejudicial to creditors; and the personal exemptions used by the debtor in the foreign proceedings are substantially similar to those in Canada. No claim that survives discharge under the BIA should be extinguished by the foreign discharge. This proposal was supported by the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada, and the Canadian Bar Association also advocated the creation of a remedy for cross-border personal insolvency.

Professors Ziegel and Telfer shared a different view with the Committee. They argued that "recommendations involving the recognition of foreign personal insolvencies in Canada are both unnecessary and too complex."

Globalization and labour mobility are realities for Canada, as they are for many other countries, and are – in part – a logical consequence of some of the trade agreements that Canada negotiates. With enhanced labour mobility comes the increased possibility of international insolvency and bankruptcy by consumers having debts in more than one jurisdiction. The Committee believes in fairness and in the principle of a fresh start for bankrupts. We also support the notions of effectiveness and efficiency. All of these principles would be furthered through the development of a mechanism that would recognize insolvency filings experienced by foreign-resident Canadians, where those filings have occurred in countries that have a similar – but not necessarily identical –

With enhanced labour mobility comes an increased possibility of international insolvency and bankruptcy by consumer having debts in more than one jurisdiction.

insolvency system and approach to that which exists in Canada. We feel that foreign-resident Canadians who become bankrupt should not have to lose their assets twice, and that the Canadian insolvency system should not have to use its limited resources to duplicate a process that has already occurred in a "like-minded" country, if you will. Consequently, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to recognize the effect of a foreign discharge or compromise of debt with respect to an individual, provided certain conditions are met. The conditions should be: the bankrupt foreign-resident Canadian has a real and substantial connection with the foreign jurisdiction; the foreign procedure is fair and non-prejudicial to creditors; and the personal exemptions used by the bankrupt foreign-resident Canadian in the foreign proceedings are substantially similar to those in Canada.

N. Debt Forgiveness by the Canada Customs and Revenue Agency

When filing for bankruptcy, a year-end date for the bankrupt is established, for income tax purposes, as the day of bankruptcy, and debt owed to the Canada Customs and Revenue Agency (CCRA) is determined by what is owed on this date. This debt is typically discharged along with other dischargeable debts.

The situation is different, however, for those who pursue the consumer proposal option. Since there is no year-end date, the CCRA holds the view that debt owed for income tax between the beginning of the calendar year and the date of the proposal is not a pre-proposal debt that can be compromised in the proposal; rather, it is a post-proposal debt that cannot be included in the proposal and consequently must be paid in full.

Since there is no year-end date, the CCRA holds the view that debt owed for income tax between the beginning of the calendar year and the date of the proposal is not a pre-proposal debt that can be compromised in the proposal; rather, it is a post-proposal debt that cannot be included in the proposal and consequently must be paid in full.

The Personal Insolvency Task Force shared with the Committee its belief that this differential treatment could create, for some insolvent debtors, an incentive to file for bankruptcy rather than to pursue a consumer proposal. In its view, "[l]ogic would dictate that provisions of the *Income Tax Act* should not encourage bankruptcies over proposals." It noted that similar incentives to pursue bankruptcy rather than reorganization are provided in the *Income Tax Act* for small business owners because of the Act's treatment of forgiven debt.

To resolve these perverse incentives, the Task Force recommended that "[f]or consumer proposals, … the year-end date for income tax purposes for individuals be the date when the proposal is filed with the Official Receiver. For commercial proposals, … the year-end date should be the earlier of (a) the date of filing of the notice of intention to file a proposal and (b) the date of filing of the proposal with the Official Receiver." Moreover, "the 'debt forgiveness' provisions found in section 80 of the *Income Tax Act* should

not be applicable to individuals who file proposals under the BIA."

The Canadian Bar Association told the Committee that, in light of the "considerable frustration with the problems presented by the discrepant tax treatment of proposals as opposed to bankruptcy," it supported the Task Force's recommendation. In the Association's view, the "discrepancy has no apparent foundation in policy" and "prevents many well-intentioned debtors from addressing their obligations through a proposal, and forces them into bankruptcy despite the clear policy goals of the BIA."

Support for the Task Force's position was also expressed by the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada, which told the Committee that "[t]he codification of a deemed tax year-end period for personal proposals would enhance ease of administration and allow for greater consistency in how these periods are treated. ... By recognizing a deemed tax year-end at the date of the proposal, the tax liabilities would be clearly and easily identified within the proposal, creating certainty as to the debtor's liabilities."

The Committee believes that the insolvency system should not be structured in such a manner that debtors are provided with an incentive to pursue a filing for bankruptcy rather than a consumer proposal.

The Committee believes that the insolvency system should not be structured in such a manner that debtors are provided with an incentive to pursue a filing for bankruptcy rather than a consumer proposal. These incentives do not serve debtors well, given the social and economic costs of bankruptcy, but nor do they serve the interests of creditors, who are likely to experience a lower level of recovery with bankruptcy than they would with a consumer proposal. Believing that the tax change recommended by the Personal Insolvency Task Force would create the proper incentives and thereby contribute to fairness, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide that, for consumer proposals, the year-end date for income tax purposes is the date on which the proposal is filed with the Official Receiver. For commercial proposals, the year-end date should be the earlier of: the date of filing of the notice of intention to file a proposal; and the date of filing of the proposal with the Official Receiver. Moreover, the *Income Tax Act* should be amended to ensure that the debt forgiveness provisions in Section 80 of the Act are not applicable to individuals who file proposals under the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

O. *Ipso Facto* Clauses

[Ipso facto clauses] can mean that consumers lose access to essential services and facilities, including banking and utilities.

Consumer agreements with some creditors contain a provision that permits the non-consumer party to terminate the agreement immediately in the event of the consumer's bankruptcy, even if he or she has met all obligations under the agreement. Referred to as *ipso facto* clauses, these provisions can mean that consumers lose access to essential services and facilities, including banking and utilities.

While the BIA nullifies these clauses with respect to consumer proposals, the Act's provisions do not affect the right of the non-consumer party to terminate the agreement if it is violated after a consumer proposal is filed. Moreover, the non-consumer party can apply to the Court for relief if the debtor's avoidance of the *ipso facto* clause will cause it undue hardship. The BIA does not nullify these clauses with respect to consumer bankruptcies.

Believing that there is "no good reasons why this distinction between consumer proposals and consumer bankruptcies should be maintained in the BIA," the Personal Insolvency Task Force shared with the Committee its recommendation that the BIA be amended to provide that *ipso facto* clauses can be nullified with respect to consumer bankruptcies. Avoidance of *ipso facto* clauses in contracts for the supply of utilities and other essential services was also supported by Professors Ziegel and Telfer, the Canadian Bar Association, the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada.

A different view was shared with the Committee by the Canadian Bankers Association, which "does not agree that a lender should be prevented from accelerating repayment under, and otherwise terminating, a loan agreement because the borrower is in bankruptcy." In the event of bankruptcy, the Association believed that an *ipso facto* provision should be

restricted to the ability to maintain a bank account and other basic banking services. In its opinion, the BIA should not have a provision that would prohibit *ipso facto* clauses for bankruptcy.

The Committee ... believes that no distinction should be made between proposals and bankruptcies with respect to ipso facto clauses; to maintain otherwise would diminish consistency.

The Committee agrees with most of our witnesses, and believes that no distinction should be made between proposals and bankruptcies with respect to *ipso facto* clauses; to maintain otherwise would diminish consistency. Moreover, we feel that these clauses should be unenforceable in order to ensure that debtors continue to have access to the basic services that they and their families need. From this perspective, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide that *ipso facto* clauses in agreements for basic services are not enforceable with respect to consumer proposals and consumer bankruptcies.

P. Credit Reporting

Canada's credit reporting agencies assist credit grantors in their assessment of the degree of risk associated with granting credit in any particular case. This assistance takes the form of credit reports on credit applicants, who are rated using letters and numbers to describe a particular applicant's credit worthiness.

Credit reporting agencies assign bankrupts the lowest credit rating – R-9 – which may prevent them from receiving credit, although the decision to grant credit is always at the discretion of the credit grantor. This score may remain on the bankrupt's record for six years following the date of filing for bankruptcy, although it may be upgraded to R-7 two years after the debtor has successfully completed a mandatory counselling program. Since 1992, mandatory credit counselling has been required for first-time bankrupts seeking an automatic discharge from bankruptcy. With an R-7 rating, some credit grantors will once again give credit to a credit applicant.

[The situation with respect to credit rating] seems to be inconsistent with the notion that debtors should be encouraged to pursue consumer proposals rather than bankruptcy.

When consumer proposals were introduced in 1992, debtors using this option were assigned an R-9 rating for three years following the successful completion of their proposal. Since proposals often last three years, however, debtors who make successful proposals are penalized through facing an R-9 credit rating for the same length of time as bankrupts, even though their creditors recover more than would have been the case in bankruptcy. In fact, depending on the length of the proposal, it is possible that debtors with successful proposals will have an R-9 rating for a longer period of time than debtors who choose bankruptcy. This situation seems to be inconsistent with the notion that debtors should be encouraged to pursue consumer proposals rather than bankruptcy.

To rectify what it sees as an anomaly, the Personal Insolvency Task Force recommended the initiation of formal discussions between the Office of the Superintendent of

Bankruptcy, credit scoring agencies and those who use their services in order to develop "a protocol that would ensure that debtors who make successful proposals have adverse credit ratings for a shorter time than debtors who go into bankruptcy." In the event that these discussions do not bring about the desired result, the Task Force recommended that legislation be enacted to limit the extent to which a credit scoring agency can maintain an adverse credit score for a debtor who has made a successful consumer proposal; this period should be limited to no more than two-thirds of the amount of time that a bankrupt has an R-9 rating. In the event of an unsuccessful proposal, the R-9 rating would remain in force for as long as would have been the case had the debtor selected bankruptcy.

Believing that enhanced incentives to encourage debtors to undertake proposals are needed, the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada expressed their support for the Task Force proposal. They also indicated, however, that in situations where the debtor files a proposal that fails and a bankruptcy is filed shortly thereafter, "[t]he bankrupt should not be penalized for having attempted a proposal that subsequently failed." Otherwise, the debtor could have an adverse credit rating that is longer than if he or she had made an assignment in bankruptcy immediately, rather than attempting a proposal. The Canadian Bar Association also indicated its support for the Task Force proposal.

The Canadian Bankers Association shared with the Committee its belief that "debtors with successful consumer proposals should be accorded consumer reports that are less derogatory than those that go into bankruptcy ... and ... the rating reflected on a consumer's credit report should reflect the level of relief that they have undertaken to address their financial difficulties." In particular, it believed that "[f]ull bankruptcy should receive an R-9 rating for the full seven years, a consumer proposal should receive a less derogatory rating for a lesser time period, and a consumer that has fulfilled an orderly payment of debt program or debt management program from a credit counselling (sic) should

receive an even less derogatory rating for less time than the previous two options." Similarly, in the view of Omega One Ltd., "[c]onsumer [p]roposal debtors should be accorded consumer (credit) reports that are less derogatory than those for bankrupt consumers."

The Canadian Bankers Association believed that this treatment of ratings would give consumers an incentive to enter into a credit counselling proposal before filing for bankruptcy. The Association also told the Committee that decisions about the credit rating assigned to debtors with successful consumer proposals should be left to negotiations between credit bureaus and provincial/territorial governments, and not addressed through legislation.

At the very least, we should not permit legislative, administrative and procedural measures to give debtors an incentive to choose bankruptcy rather than a consumer proposal.

In the Committee's view, debtors should have appropriate incentives to pursue consumer proposals, when that is preferable to bankruptcy for them. At the very least, we should not permit legislative, administrative and procedural measures to give debtors an incentive to choose bankruptcy rather than a consumer proposal. We believe that successful proposals represent a win-win situation: the debtor does not become bankrupt and presumably is better able to attain credit in the future, and creditors are likely to recover greater moneys than would be the case if the debtor became bankrupt.

The Committee does not, however, believe that credit rating agencies should be statutorily compelled to implement a strict regime with designated ratings for bankrupts, debtors who have made a successful consumer proposal and debtors who have made a consumer proposal that has not succeeded. In the interests of fairness for debtors, credit grantors, credit rating agencies and other stakeholders, we are wary of federal legislative intervention in this area and we are concerned that constitutional issues with respect to property and civil rights might well arise. Nevertheless, the Committee feels that the current credit rating system contains perverse elements and does not reward efforts by insolvent debtors to honour a greater portion of their obligations than would be the case if

such debtors were to go into bankruptcy. In some sense, fairness is lacking. As a result, the Committee recommends that:

The Office of the Superintendent of Bankruptcy take a leadership role in convening a meeting among credit granting agencies, credit grantors, provincial/territorial representatives and other relevant parties with a view to negotiating a mutually acceptable credit scoring regime.

Q. Inadvertent Discharge of Selected Claims in Proposals

Section 178 addresses, among others, those holding claims for: support arrears; fraud or misrepresentation; a restitution order; or damages for intentional bodily harm.

The BIA provides that if a consumer proposal or a commercial reorganization is accepted by creditors and approved by the Court, it is binding on creditors in respect of all unsecured claims, but it does not release the insolvent debtor from the debts and liabilities referred to in Section 178 of the Act, unless the creditor agrees. Section 178 addresses, among others, those holding claims for: support arrears; fraud or misrepresentation; a restitution order; or damages for intentional bodily harm. Consequently, with the agreement of the holder of a claim, debts and liabilities in Section 178 may be released, and agreement will end non-dischargeable pre-proposal claims other than those paid through the proposal.

The Personal Insolvency Task Force believed that there is a technical problem with the BIA in connection with the discharge of Section 178 claims in proposals. It raised the question of the meaning of "assent," and argued that the Court has not historically interpreted the provision to require, for Section 178 claims to be ended, the claimant to specifically agree to waive Section 178 protection.

The Task Force believed that "[i]t was definitely not the intention of the 1997 BIA support amendments to prohibit or deter support claimants from participating in bankruptcy proposals" and that "[b]ecause of the important public policy reasons that underlie the Section 178 exceptions to discharge, and particularly those relating to support, it is essential to protect such creditors from unknowing or inadvertent extinction of their claims through otherwise responsible conduct." It suggested that the BIA should be amended to revise and clarify these provisions to provide that Section 178 protection is lost in a proposal only if the creditor votes in favour of a proposal which specifically and explicitly provides for the compromise of Section 178 claims. The Task Force's position was supported by the Canadian Bar Association.

The Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada, however, shared with the Committee their view that the options considered by the Task Force are too limited. They believed that the BIA should be amended so that, in the absence of an affirmative and informed consent by each Section 178 claimant, all Section 178 claims in proposals should survive discharge from bankruptcy. In their opinion, "[t]he public policy objective of Section 178 is that certain debts are not discharged in bankruptcy because of their special nature, including court imposed monetary fines, awards for bodily harm, spousal support, child support, fraud and student loans. The nature of these claims is such that, on balance, the survival of the claim outweighs the possible benefit in the bankrupt being relieved of them. There should not be any differentiation among creditors covered under Section 178."

Many of these [Section 178] claims, by their very nature, are instrumental to the mental and/or physical health and well-being of groups in society that might be considered relatively vulnerable.

The Committee unequivocally supports the general opinion of the witnesses that the BIA must be amended to ensure that the holders of Section 178 claims do not inadvertently or innocently extinguish their rights. Many of these claims, by their very nature, are instrumental to the mental and/or physical health and well-being of groups in society that might be considered relatively vulnerable.

The Committee agrees with the assertion that, in order for Section 178 claims to be ended, those holding the claims must explicitly agree to their termination; termination must not occur because of confusion among stakeholders about what "assent" means and whether the holder of a claim has "assented" to its termination. The law needs absolute clarity in this area, given the particular importance of many of the Section 178 claims. Consequently, believing that fairness must be enhanced, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to ensure that an insolvent debtor will not be released from the debts and liabilities referred to in Section 178 unless the holder of those debts provides affirmative and informed consent.

R. Bankruptcy and Family Law

In 1997, the BIA was amended to provide for the provability and limited priority for child and spousal support arrears, thereby resulting – in some cases – in the payment of a dividend to the claimant spouse for the arrears where no payment had before existed in the event of the non-claimant spouse's bankruptcy. Unpaid remaining claims for support arrears, however, survive discharge from bankruptcy. The Office of the Superintendent of Bankruptcy receives a 5% levy on these dividends, as it does in all cases where dividends are paid by trustees to creditors. A Court decision has confirmed that the claimant spouse cannot recover the amount of the levy.

Recognizing the "special vulnerability of support claimants" and "public policy favouring the collection and payment of spousal and especially child support," Mr. Robert Klotz, of Klotz Associates, recommended that the BIA be amended to ensure that bankruptcy does not prevent support claimants from recovering the total amount of their support arrears from the bankrupt spouse. In his view, the burden of the levy should be borne by the individual paying support, rather than by the recipient of the support payments; otherwise, the support claimant "would suffer from the bankrupt's choice to declare bankruptcy." He believed that this provision should apply with respect to all Section 178 creditors, but particularly those with claims for support arrears.

In theory, the bankrupt should make surplus income payments to his or her trustee, for disbursement to creditors, only if there are sufficient moneys available after meeting the reasonable financial needs of his or her family; for a separated family, this should include support obligations.

In theory, the bankrupt should make surplus income payments to his or her trustee, for disbursement to creditors, only if there are sufficient moneys available after meeting the reasonable financial needs of his or her family; for a separated family, this should include support obligations.

Under Section 68 of the Act, the trustee and the Court are required to have regard to the personal and family situation of the bankrupt, and the Superintendent of Bankruptcy's surplus income standards require that the trustee permit the

bankrupt to deduct both child and spousal support payments in the calculation of surplus income. Section 69.41(2)(b) of the Act, however, provides that the enforcement of support claims is stayed against "amounts that are payable to the estate of the bankrupt under s. 68." In some cases, this provision has been interpreted as allowing the trustee to enforce this obligation in priority over the support claimant's wage garnishment once a surplus payment agreement has been made.

Mr. Klotz informed the Committee that, because of the interaction among Section 68 and Section 69.41 of the BIA and the Superintendent's surplus income standards, difficulty is being created for spouses who attempt to collect support from the wages of a bankrupt spouse when that spouse has entered into a surplus income agreement with his or her trustee. To correct the ambiguity that has been created, he recommended that the BIA be amended to clarify that only Court orders made under Section 68 of the Act have priority over the enforcement of spousal and child support against the bankrupt's income during bankruptcy. He believed that agreements made between the bankrupt and the trustee should not have priority over support obligations.

A third issue to be considered with respect to family law and insolvency is the extent to which bankruptcy may be used to frustrate division of the bankrupt's pension and such other exempt assets as life insurance Registered Retirement Savings Plans (RRSPs).

The Committee was told by Mr. Klotz that "[t]here is no policy reason for permitting bankruptcy, which does not distribute [pension and life insurance RRSPs] among creditors, to frustrate the principles of matrimonial property division against these assets. [Allowing this to occur] would amount to rehabilitating the bankrupt at the expense of his or her spouse."

In Mr. Klotz's view, an amendment is needed to the BIA in order to provide that bankruptcy does not stay or release any claim for equalization or division against exempt

assets under provincial/territorial legislation in the areas of equalization and/or division of matrimonial property.

In some provinces/territories and in certain circumstances, the trustee acquires the right of the bankrupt to sue the non-bankrupt spouse for matrimonial property division or equalization. This right is treated as an asset that vests with the trustee, although the matrimonial property claim is generally not a valuable right in the hands of the trustee.

Mr. Klotz believed that "one cannot reliably bring this kind of claim to fruition when it has been detached from the spouse for whose benefit the remedy was designed. ... [E]ven if the right to sue for equalization or division accrues to the trustee, the sad fact is that the trustee is rarely in a position to realize upon this asset in any meaningful way. It must usually be settled for a steep discount, or surrendered for nothing." Confidence in the system is thereby undermined, since: the bankrupt spouse is denied the opportunity to obtain matrimonial justice; the non-bankrupt spouse retains most of the bankrupt spouse's share of the family assets; the creditors receive very little; and the bankrupt spouse cannot trade his or her equalization claim for reduced spousal or child support. He supported an amendment to the BIA that would exclude, from the assets vesting in the trustee, the right to sue the bankrupt's spouse for equalization or division of property under provincial/territorial matrimonial property law.

In some cases of marital discord, bankruptcy is used by a spouse as a means to ensure that the other spouse receives nothing when the marital assets are divided.

A final issue to be considered is malicious or fraudulent dissipation or concealment of property. In some cases of marital discord, bankruptcy is used by a spouse as a means to ensure that the other spouse receives nothing when the marital assets are divided. Other means that might be used by the spouse include: deception; dissipation; concealment; destruction of property; phony creditors; fraudulent transfers; and corporate machinations. A problem arises, however, in proving the allegation that the spouse acted in this way. While there are mechanisms for addressing this problem in cases of

bankruptcy, opposition to the bankruptcy discharge hearing is useful only if the other creditors are limited.

The Committee was also told by Mr. Klotz that "[i]f we are to take seriously the injustice created by such conduct, we ought to provide a simple remedy to the victim, if we can, that does not embroil him or her in a fresh round of litigation once bankruptcy ensues. At the same time, we must be concerned that this remedy is appropriately designed so as not to prejudice an honest but unfortunate debtor."

Mr. Klotz suggested to the Committee that the BIA be amended to exclude, from a discharge from bankruptcy, any provable claim for matrimonial property division that arises from the bankrupt's malicious or fraudulent dissipation or concealment of property. This exclusion should be limited to the amount of the dividend that the creditor would have received had the conduct not occurred. In particular, he believed that Section 178 of the BIA should be amended to add, to the debts that survive bankruptcy, a debt for equalization or division of property under provincial/territorial matrimonial property law, to the extent that the debt arises from malicious or fraudulent dissipation or concealment of property by the bankrupt.

The Committee endorses the recommendations and reasoning provided by Mr. Klotz. We are concerned about the manner in which a law – and interaction between laws – can have unintended consequences that negatively affect innocent individuals. The issues raised by him require prompt resolution. We must ensure that the devastating effects of marital breakdown and its aftermath are, to the extent possible, minimized – financially and otherwise – for all parties concerned, but particularly for those who are blameless. We are concerned, as well, about the fact that the Crown may receive any moneys owed in priority to child support and alimony payments. Clearly, the changes that Mr. Klotz proposed support our fundamental principles of fairness and responsibility. From this perspective, the Committee recommends that:

We must ensure that the devastating effects of marital breakdown and its aftermath are, to the extent possible, minimized – financially and otherwise – for all parties concerned, but particularly for those who are blameless.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to:

- **ensure that bankruptcy does not prevent a claimant from recovering the total amount of support arrears from a bankrupt spouse;**

- **clarify that only Court orders made under Section 68 of the Act have priority over enforcement of spousal and child support against the bankrupt's income during the period of bankruptcy;**

- **provide that bankruptcy does not stay or release any claim for equalization or division against exempt assets under provincial/territorial legislation regarding equalization and/or the division of marital property;**

- **exclude, from assets vesting in the trustee, the right to sue the bankrupt's spouse for equalization or division of property under provincial/territorial matrimonial property law; and**

- **add, to the debts that survive bankruptcy, a debt for equalization or division of property under provincial/territorial matrimonial property law, to the extent that the debt arises from malicious or fraudulent dissipation or concealment of property by the bankrupt.**

DEBTORS AND CREDITORS SHARING THE BURDEN:

A Review of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act*

Report of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce

Chair
The Honourable Richard H. Kroft

Deputy Chair
The Honourable David Tkachuk

November 2003

Ce rapport est aussi disponible en français.

Des renseignements sur le Comité sont donnés sur le site:

www.senate-senat.ca/bancom.asp

Information regarding the Committee can be obtained through its web site:

www.senate-senat.ca/bancom.asp

Table of Contents

The Committee vi

Order of Reference viii

Recommendations ix

Acknowledgement xxiv

Chapter One

Introduction 1

Chapter Two

The Committee's Philosophy with respect to Insolvency Law 5

Chapter Three

Insolvency Legislation and Why It Is Needed 9

A. The Socio-Economic Importance of Insolvency Laws 9

B. The Magnitude and Nature of the Problem 11

C. The *Bankruptcy and Insolvency Act* 15

D. The *Companies' Creditors Arrangement Act* 17

Chapter Four

Consumer Insolvency Issues 19

A. Federal Exempt Property 19

B. Exemptions for RRSPs and RESPs 24

C. Reaffirmation Agreements 33

D. Summary Administration 37

E. Non-Purchase Money Security Interests in Personal Exempt Property 40

F. Mandatory Counselling 43

G. Consumer Liens 46

H. Student Loans 48

I. Discharge from Bankruptcy and the Treatment of Second-Time Bankrupts 57

J. Contributions of Surplus Income to the Bankrupt's Estate 60

K. Voluntary Agreements to Make Post-Discharge Payments 63

L. Non-Dischargeable Credit Card Purchases 66
M. International Insolvency 68
N. Debt Forgiveness by the Canada Customs and Revenue Agency 71
O. *Ipso Facto* Clauses 74
P. Credit Reporting 76
Q. Inadvertent Discharge of Selected Claims in Proposals 80
R. Bankruptcy and Family Law 82

Chapter Five

Commercial Insolvency Issues

A. Compensation Protection: Wages and Pensions 87
B. Debtor-in-Possession Financing 100
C. The Rights of Unpaid Suppliers 105
D. Cross-Border Insolvencies 112
E. Director Liability 118
F. Transfers at Undervalue and Preferences 121
G. Bankruptcies by Securities Firms 124
H. Financial Market Issues 126
I. Insolvency Practitioner Liability as a Successor Employer 129
J. Executory Contracts 131
K. Workers' Compensation Board Premiums 139
L. Interim Receivers 144
M. Going Concern and Asset Sales 146
N. Governance 149
O. Plan Approvals 151
P. Priorities 153
Q. Insolvency of Other Vehicles 154
R. Income Tax 156
S. Subordination of Equity Claims 158
T. Administrative Tribunals and Stays of Proceedings 160

Chapter Six

Administrative and Procedural Issues

A. Volume of Filings, Access to the Process and Funding of the Office of the Superintendent of Bankruptcy 163

B. Consolidation of Insolvency Statutes 170

C. Statutory Review of Insolvency Legislation 174

D. A Specialized Judiciary 178

E. Issues of Costs 181

F. Conflicts of Interest 184

G. The Definition of Income 186

H. The Definition of Consumer Debtor 190

I. Selection of the Bankruptcy Trustee 193

J. Non-Arm's Length Creditor Voting Rights 194

K. Debts Not Released by an Order of Discharge 197

Chapter Seven

Conclusion 199

Appendix A

The *Winding-Up and Restructing Act* and the *Farm Debt Mediation Act* 201

Appendix B

The Evolution of Insolvency Legislation in Canada 205

Appendix C

The Report by Industry Canada 214

Appendix D

An International Perspective on Insolvency Law 227

Appendix E

Witnesses and Submissions 237

CHAPTER FIVE: THE SENATE COMMITTEE'S EVIDENCE AND RECOMMENDATIONS ON COMMERCIAL INSOLVENCY ISSUES

A. Compensation Protection: Wages and Pensions

Under the 1949 *Bankruptcy Act*, unpaid wage claims arising during the course of an employer's bankruptcy were preferred over the claims of general creditors, to a maximum of $500. With amendments to the *Bankruptcy and Insolvency Act* (BIA) in 1992, up to $2,000 for unpaid wages, salaries and similar entitlements earned in the six months immediately preceding bankruptcy are a preferred claim; they rank ahead of ordinary creditors' claims in the event of bankruptcy but behind secured creditors' claims and some Crown claims. In particular, the claims of workers for wages and salaries rank fourth in the list of unsecured creditors having a priority of distribution, behind funeral and testamentary expenses, fees and expenses of the trustee, and legal costs. If funds are available – and often they are not – unpaid wages, salaries and similar entitlements are normally paid out some time after the date of bankruptcy.

Protection for wage earners has received a great deal of attention in Canada, having been studied by Parliament, a number of committees and others. A variety of options for protection have been proposed, including: super priority for wage claims that would rank ahead of secured claims; recognition of existing provincial/territorial priorities within the BIA regime; a waiver of the waiting period for employment insurance benefits; and a wage earner protection fund financed out of general tax revenues, or by employer and employee contributions directly or indirectly out of the employment insurance fund.

Protection for wage earners has received a great deal of attention in Canada, having been studied by Parliament, a number of committees and others.

Each of these options has advantages and disadvantages. Regarding the latter, there are concerns that a fund to which employers and employees contribute, whether through a new tax or the employment insurance system, would mean that employers with a low risk of bankruptcy, such as public service employers, would subsidize those employers with a higher risk. With a fund paid out of general tax revenues, taxpayers would finance wage protection. A super priority for wage claims would mean, in essence, that secured creditors would pay for wage earner protection.

Between the options of super priority and a wage earner protection fund – however financed – some believe that super priority status is less attractive because of: a relative lack of certainty that adequate funds will be available; the possibility of significant delay in receiving payment pending the sale of the insolvent employer's assets; difficulties associated with allocating the burden of paying claims among the secured creditors; and the creation of an unexpected burden on secured creditors and the consequent possibility of credit cost and availability problems, particularly for labour-intensive industries. It is thought that a wage earner protection fund would allow more timely payment of wages owed, thereby enabling employees to meet their most immediate financial needs pending their finding alternative employment or receiving employment insurance benefits.

The notion of a wage protection fund administered by the federal government began in 1975, when Bill C-60 proposed to implement a recommendation by the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation – the Tassé Committee – to give super priority status to unpaid wage claims up to $2,000, binding secured and general creditors.

The notion of a wage protection fund administered by the federal government began in 1975, when Bill C-60 proposed to implement a recommendation by the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation – the Tassé Committee – to give super priority status to unpaid wage claims up to $2,000, binding secured and general creditors. With objections raised by secured creditors, the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce recommended the creation of a federal government wage protection fund, with contributions from employers and employees used to pay outstanding employee wages to a maximum of $2,000 immediately upon bankruptcy. At the time, the Committee believed that super priority status for

wages would be detrimental to a borrower's ability to obtain financing, particularly in labour-intensive industries.

As originally introduced in 1991, Bill C-22 would have created a wage claim protection program – pursuant to the proposed Wage Claim Payment Act – financed by a payroll tax of 0.024% of an employee's weekly insurable earnings on all employers – including those in the public and quasi-public sectors whose employees would likely never benefit from the fund – to provide direct compensation to terminated employees of companies that became bankrupt, were being liquidated or were in receivership. The program envisioned payments of 90% of an employee's unpaid wages and vacation pay earned within the preceding six months, to a maximum of $2,000, and 90% of salesperson's expenses unpaid during the preceding six months, to a maximum of $1,000. The program would not have covered pension contributions, severance payments or termination pay.

Employees are seen as vulnerable creditors with inadequate individual bargaining power and a limited ability to assess accurately the risk that their employer will become bankrupt.

In May 1992, however, the Minister of Consumer and Corporate Affairs withdrew the proposed program from the Bill and in June 1992 announced the intention to refer the matter of wage claims to a Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons for reconsideration. The Special Joint Committee, which was to have reported by June 1993, was not established. Consequently, the BIA maintains preferred creditor status for unpaid wage claims and salesperson's expenses, and the amount that can be claimed is a maximum of $2,000 for the former and $1,000 for the latter. In cases where the insolvent employer makes a proposal, these amounts are paid immediately after Court approval of the proposal. Bill C-5 did not make any changes to the amounts, although it allowed a representative of a federal or provincial/territorial ministry of labour, or a trade union, to file a claim on behalf of all employees.

Many believe that employees need better protection than that now given in the BIA. Employees are seen as vulnerable creditors with inadequate individual bargaining power and a limited ability to assess accurately the risk that their employer will become bankrupt. Whatever protection they receive – whether through super priority, a fund or

preferred claim – may have a maximum dollar amount of protection, protection related to a fixed number of pay periods and/or limitations on the compensation that is protected; some believe that protection should extend to vacation, severance and termination pay, as well as to pensions.

The Committee received a range of testimony from witnesses on the issue of unpaid compensation claims, particularly wages.

The Committee received a range of testimony from witnesses on the issue of unpaid compensation claims, particularly wages. Some supported enhanced protection, and recommended super priority status and the development of a wage protection fund. Professor Janis Sarra, of the Faculty of Law at the University of British Columbia, commented on protection for unpaid wages and on the testimony that other witnesses had presented to us. She expressed her concern "about the lobbying for a shift away from the protection of the interests of workers in the financially distressed corporation. ... It seems that the discussions regarding enhanced or super-priority for wage claims and the need for a wage adjustment fund are considerably underdeveloped in the legislative review, partly because workers are disadvantaged as a group able to lobby for legislative protection." In her opinion, "[b]oth enhanced priority for workers' wages and a national wage adjustment system should be seriously considered as mechanisms to protect against unnecessary defeat of the claims of workers for compensation for services already rendered to the corporation."

Professors Ziegel and Telfer, representing a number of professors of law, also supported enhanced protection for wage earners, and expressed a preference for "a modestly enlarged Employment Insurance fund," although they also supported as an alternative solution, "a first lien against the employer's inventory and accounts receivable," particularly for a trial period to test its effectiveness. Arguing that unpaid workers are "seriously underprotected" in the existing BIA provisions, they recommended that the expanded employment insurance scheme include protection for unpaid wages, but not vacation or severance pay, up to a prescribed ceiling.

Representatives of organized labour also supported enhanced protection for the unpaid compensation of workers,

including wages but also such other elements of compensation as vacation, severance and termination entitlements, as well as pension contributions and benefits. Although speaking specifically about the *Companies' Creditors Arrangement Act* (CCAA) process, the National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada) told the Committee that "this process must recognize that workers employed by an insolvent employer have an increased vulnerability to the failure of their workplace, more so than bankers, corporate landlords, and institutional suppliers, as loss of employment may frequently mean a drastic reversal with respect to a worker's personal living conditions, and opportunities available for his/her family and community."

The United Steelworkers of America advocated both a super priority for unpaid worker claims and a wage earner protection fund, with priority for wages, vacation, severance and termination pay, and any wind-up deficiency in the pension fund. It felt that this dual protection would achieve four important objectives: the wage earner protection fund would "guarantee prompt payment of [these amounts], pending the final resolution of the issues in bankruptcy and insolvency;" it would eliminate a bias whereby severance payments for senior executives have received Court protection through the establishment of trust funds or prioritized charges; it would protect the public purse, since the sponsor/guarantor of the protection fund would assume the rights to recover some or all of the payments made by it; and it might encourage the expansion of a pension benefits guarantee fund to more jurisdictions in Canada.

The union also noted that vacation pay, pension contributions, pay in lieu of notice of termination pay and severance pay are important aspects of compensation that are compromised when an employer becomes insolvent. Moreover, among these, "an employee's severance and termination pay claim generally represents the bulk of the employee's individual claim. ... The inferior ranking of employee claims must be re-visited and changed. Employees are particularly vulnerable when their employer fails, more so than a bank, landlord, commercial supplier, or other corporate

creditor. ... Banks and other commercial lenders ... carry a diverse range of loans. A default pertaining to one individual lending relationship should not have a material impact on the bank's prospects in the mid- to long-term. Furthermore, in the course of a banking relationship with a corporate employer, a bank has the means to analyze the risks associated with the loan in question, and manage its loan portfolio accordingly."

In the view of the United Steelworkers of America, the definition of "wages" should include termination and severance pay, and the wage priority should be increased to at least $20,000 and elevated above the claims of secured creditors. It supported an employee wage protection program that would resemble that which existed in Ontario in the early 1990s, and believed that a similar program is needed with respect to bankruptcies. A broadly based national pension benefit insurance program is also needed, in its opinion. The Canadian Labour Congress supported these proposed changes.

Furthermore, like the United Steelworkers of America, the Canadian Labour Congress noted that "[c]reditors may have a diversified portfolio of loans, and investors may be able to diversify their financial exposures, but employees have all their eggs in one basket. These circumstances create economic, legal and psychological vulnerabilities, which can easily be (and are) exploited in insolvency crises." It also told the Committee that "[t]he courts have held that 'wages' includes vacation pay but does not include pension contributions nor does it include severance and termination pay. ... The Supreme Court of Canada has held in wrongful dismissal cases that because termination pay is really pay in lieu of notice it is in fact 'wages' of an employee. Accordingly, it is incongruous that the definition of wages in ... the BIA excludes termination pay." In the labour federation's view, the definition of "wages" in the BIA should be amended to conform to the Supreme Court of Canada's definition of "wages", which would include termination and severance pay.

The Canadian Labour Congress also supported a federally regulated wage protection fund financed by

compulsory employer contributions based on insurable income to pay the difference between the total amount of wages owed and the amount that can be paid from the company's assets. The fund would be able to pay promptly any amounts owed to employees, beginning on the date on which payments were last made and ending on the date that insolvency proceedings were commenced. It, too, mentioned the fund that existed in Ontario in the 1990s.

[The Committee was informed about the] fund that existed in Ontario in the 1990s.

While the Canadian Bar Association acknowledged the vulnerable position of employees in insolvency situations and noted that they are economically dependent but "unable to protect themselves as adequately as creditors when an employer becomes insolvent," it told the Committee that "a super priority is neither a fair nor an efficient means of protecting the wage earner." In its opinion, a super priority would place the entire cost burden on creditors rather than spreading it amongst other interested stakeholders, particularly employers and employees, and reduce the availability of credit, among other problems. The Association expressed support for a wage protection fund under the employment insurance regime that would provide up to 90% of unpaid wages for one pay period to a maximum of $2,000. On payment to the employees, the fund would assume the rights of the employees.

Since a significant majority of its members are opposed to a comprehensive wage insurance plan that would be financed through the employment insurance fund, and consistent with its past resistance, the notion of a wage earner protection fund was opposed by the Canadian Federation of Independent Business. It told the Committee that it opposes such a fund for a number of reasons: the fund would increase the burden of payroll taxes and thereby negatively affect economic growth and job creation; from an equity perspective, well-run firms should not be required to subsidize the poor business practices of others; the BIA currently gives preferred creditor status for unpaid wage claims that meet certain criteria, and this level of protection is similar to that found in the United States; and consideration should be given to super priority for wage claims in the event that the federal

government were to determine that existing wage earner protection is inadequate.

[The Committee was told] that super priority status would not ensure the certainty or promptness of payment needed by employees.

Speaking on behalf of the banking industry, the Canadian Bankers Association expressed, as its major concern, provisions that create super priorities. In its view, the imposition of a super priority for unpaid wages would be inconsistent with the principle of efficiency, since it would impair "the ability of creditors to accurately ascertain (sic) the financial position of a borrower, ... Creditors are faced with adopting stricter lending practices because of this uncertainty, thereby limiting the availability of credit and increasing borrowing costs." It also argued that super priority status would not ensure the certainty or promptness of payment needed by employees.

The Association believed that the key issue is: who should bear the cost of providing greater protection to wage earners? In its view, "[i]t is society as a whole, and the employee specifically, that benefits from an employee receiving some compensation for unpaid wages. Therefore, either society or the employee should bear at least part of the cost of this protection. To impose this cost solely on secured creditors would be unfair and simply cause a reduction in credit availability."

Nevertheless, should the consensus be that employees require additional protection, the Association believed that the most effective method for achieving this goal is the establishment of a wage fund that would: replace a maximum of $2,000 per employee; exclude compensation for pension contributions, severance pay and termination pay; and be financed either from the Consolidated Revenue Fund, the employment insurance scheme or equal financing by employees and employers.

Finally, the Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform provided its view that "the case for giving wage claims higher priority that they presently have has not been made. ... Our proposal is for the current priorities with

respect to wage claims to be maintained, subject to clarification that pension contributions are included in wages for the purposes of the BIA."

Unpaid wages were equated with unpaid royalties by the Writers' Union of Canada, which told the Committee that authors should be treated as preferred creditors and receive their unpaid royalties *pari passu* with the unpaid wages of employees. In its opinion, such a provision should also exist in the *Canada Business Corporations Act* and similar provincial/ territorial legislation to make directors jointly and severally liable for the royalties of authors.

The Committee believes that the current protection provided by the BIA to unpaid wage claims is inadequate, and has carefully considered the views of witnesses about super priority status and a wage earner protection fund. One of our fundamental principles identified in Chapter Two – fairness – is critically important here. As we formulated our recommendation, we tried to be fair to employees, employers, creditors and taxpayers. An insolvent employer should have to bear part of the cost of protection, but so too should its employees, since they are – in some sense – creditors, having supplied services yet awaiting payment.

As we formulated our recommendation [about unpaid wage claims], we tried to be fair to employees, employers, creditors and taxpayers.

Employees are not, however, like other creditors in every respect, and thus should perhaps be protected differently. For example, they probably have a situation of economic dependence not found with other creditors, and are not well placed to assess accurately the probability that their employer will become insolvent. Fairness to taxpayers suggests that a fund financed out of the Consolidated Revenue Fund is inappropriate, while fairness to creditors means that they should not bear all of the cost of the employer's indebtedness to employees. Finally, fairness to solvent employers means that they should not have to bear the burden of costs incurred by insolvent employers. In the interest of fairness, the Committee believes that unpaid wages and vacation entitlements arising as a result of an employer's bankruptcy should be funded by a super priority over secured claims to

inventory and accounts receivable to a determined maximum amount. The secured creditors would be able to assume the rights of employees against directors. Consequently, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide that unpaid claims for wages and vacation pay arising as a result of an employer's bankruptcy be payable to an amount not to exceed the lesser of $2,000 or one pay period per employee claim. The funding of these claims should be assured by creating a super priority over secured claims to inventory and accounts receivable. The secured creditor or creditors should be able to assume the rights of the employees against the directors.

Another compensation issue that arises in situations of employer insolvency is protection for pension plans. While the BIA contains no provisions regarding unpaid contributions to pension plans, federal and provincial/territorial pension standards legislation provide priorities. There is, however, some question about whether priorities established in provincial/territorial legislation would be protected in bankruptcy.

Many believe that pensioners are similar to employees: they are poorly protected by current legislative provisions; they lack bargaining power; and they are relatively unable to assess accurately the risk of bankruptcy by the employer sponsoring their pension plan.

Many believe that pensioners are similar to employees: they are poorly protected by current legislative provisions; they lack bargaining power; and they are relatively unable to assess accurately the risk of bankruptcy by the employer sponsoring their pension plan. Options for protection of pensions mirror those for wages – super priority and a fund – and have similar advantages and disadvantages.

In funding pensions, there are two issues to consider: unfunded pension liabilities and unremitted periodic contributions to the pension plan. To some extent, unfunded pension liabilities should be reduced through the payments that must be made following the identification of an actuarial deficiency arising as a consequence of mandatory periodic actuarial reviews of registered pension plans.

Regarding pension protection, the Canadian Bankers Association advocated monthly employer contributions to pension plans and annual actuarial reviews of pension plans to identify any unfunded liability. In its view, if additional protection is needed for pension contributions, a fund would be the most efficient and effective method.

Organized labour also spoke to the Committee about pension protection for employees. In speaking about reorganizations under the CCAA, the CAW-Canada told us that "the CCAA should make it abundantly clear that a Court has no jurisdiction (inherent or otherwise) to interfere with the promises enshrined in a collective agreement to adequately fund (sic) for pension credits earned while the corporation carries on business under CCAA coverage, and moreover, that no pension benefit may be reduced by unilateral order of a Court. Simply put, an employer operating under CCAA coverage cannot take the continuing benefit of services rendered to it by employees but be excused by the Court from performing any one of its obligations under a collective agreement, including the funding of pensions."

The United Steelworkers of America also commented on pensions, and told the Committee that "the Courts have not been consistent in requiring that companies operating under CCAA protection continue to contribute to the pension plans of their employees. CCAA orders require that employees continue to be paid; there is no reason why the CCAA should not explicitly protect pension funds which are, after all, deferred wages." It advocated a super priority, immediately following federal and provincial/territorial taxes, for unfunded pension liabilities.

Furthermore, the Canadian Labour Congress argued that "current and future pensioners ought to be afforded maximum protection in an insolvency situation [since] of all the parties affected by an insolvency, current and future pensioners are least able to protect themselves. ... [T]hey are not able to take security for future indebtedness ... [and] ... they are not able to impose or even bargain funding terms."

The labour federation recommended two methods of protecting pension accruals: pension insurance or the creation, under the BIA, of a super priority in cases of pension underfunding, either to overdue contributions and payments on account of the underfunding or to the overall value of the solvency deficiency at the time of windup.

For the same reasons that it did not support a super priority for employees' unpaid wages, the Canadian Bar Association also did not favour a super priority for unpaid pension contributions. Instead, it advocated protection as part of a wage earner protection fund in the event that Parliament intends to provide additional protection for these contributions.

Although the Committee recognizes the vulnerability of current pensioners, we do not believe that changes to the BIA regarding pension claims should be made at this time. Current pensioners can also access retirement benefits from the Canada/Quebec Pension Plan, and the Old Age Security and Guaranteed Income Supplement programs, and may have private savings and Registered Retirement Savings Plans that can provide income for them in retirement. The desire expressed by some of our witnesses for greater protection for pensioners and for employees currently participating in an occupational pension plan must be balanced against the interests of others. As we noted earlier, insolvency – at its essence – is characterized by insufficient assets to satisfy everyone, and choices must be made.

... insolvency – at its essence – is characterized by insufficient assets to satisfy everyone, and choices must be made.

The Committee believes that granting the pension protection sought by some of the witnesses would be sufficiently unfair to other stakeholders that we cannot recommend the changes requested. For example, we feel that super priority status could unnecessarily reduce the moneys available for distribution to creditors. In turn, credit availability and the cost of credit could be negatively affected, and all those seeking credit in Canada would be disadvantaged. Moreover, we cannot support a fund financed out of the Consolidated Revenue Fund or by employers and employees

generally, since this proposal would be unfair for taxpayers, solvent employers and the employees of these employers. In this situation, we believe that fairness is best served by the status quo. Consequently, the Committee recommends that:

[Regarding the treatment of pensions claims] we believe that fairness is best served by the status quo.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* not be amended to alter the treatment of pension claims.

B. Debtor-in-Possession Financing

Debtor-in-Possession – or DIP – financing is a financial vehicle used to assist insolvent businesses that are restructuring. Businesses that are attempting to reorganize typically require cash, and their usual sources of credit may be unwilling to lend to them, or to lend to them at an affordable cost, because of their insolvency. Lending to these businesses is relatively risky.

With DIP financing, a new lender provides cash in exchange for a higher priority than other secured creditors; in general, existing secured creditors may not support having their security diminished by the granting of an interest to a new lender that may rank prior to, or "prime," their own. If the restructuring is not successful, the new lender is protected at the expense of other creditors, who may find their loss to be greater than if the company had instead gone bankrupt. If, however, the company reorganizes successfully, the other creditors are likely to recover more than they would have in the case of bankruptcy and job losses are reduced, with implications for employees, their families and the communities in which they live.

Some believe that new lenders should have a higher priority than other secured creditors as a premium for the risk they bear and because their financing may be instrumental to a successful reorganization.

Some believe that new lenders should have a higher priority than other secured creditors as a premium for the risk they bear and because their financing may be instrumental to a successful reorganization. The extent to which this latter point is true, however, cannot be determined statistically, since data are not systematically collected on CCAA restructurings.

While the BIA and the CCAA do not contain provisions regarding DIP financing, this financing has been authorized in CCAA cases by judges using their inherent jurisdiction. To a limited extent, the Court has allowed the security given to DIP lenders to rank prior to that of other secured creditors. Because there may be a lack of clarity about the circumstances under which DIP financing may be

authorized and the extent to which the reorganization is likely to be successful with such financing, uncertainty may prompt creditors to take action early and seize their security; there might also be implications for the availability and cost of credit.

Some believe that [DIP] financing would not be appropriate in smaller cases and would raise concerns about governance, while others feel that it should be available as a tool to enhance the possibility of a successful reorganization.

Views about whether DIP financing should be permitted in cases of BIA proposals are mixed. Some believe that such financing would not be appropriate in smaller cases and would raise concerns about governance, while others feel that it should be available as a tool to enhance the possibility of a successful reorganization.

The Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform was among the witnesses that spoke to the Committee about DIP financing. It supported an express statutory power in CCAA cases to allow DIP loans, and told us that "it would be helpful to expressly codify the court's authority in the CCAA to give the court guidance in its consideration as to whether to grant such financing and on what basis." The Joint Task Force stressed "the link between the granting of interim financing and the governance of the corporation during the workout period," and suggested that the Court should exercise its discretion to grant DIP financing according to criteria specified in the statute. Among other considerations, it believed that the following seven factors would be appropriate:

> "(a) what arrangements have been made for the governance of the debtor during the proceedings;
>
> (b) whether management is trustworthy and competent, and has the confidence of significant creditors;
>
> (c) how long will it take to determine whether there is a going concern solution, either through a reorganization or a sale, that creates more value than liquidation;
>
> (d) whether the D.I.P. loan will enhance the prospects for a going concern solution or rehabilitation;
>
> (e) the nature and value of the assets of the debtor;

(f) whether any creditors will be materially prejudiced during that period as a result of the continued operations of the debtor; and

(g) whether the debtor has provided a detailed cash flow for at least the next 120 days."

The Canadian Bankers Association also commented on the issue of DIP financing, indicating that it is inappropriate in the context of the BIA and should be restricted on a case-by-case basis to larger companies being reorganized under the CCAA; in the latter case, the Court's authority to grant DIP financing should be codified, as should the factors to be considered in determining whether the financing should be granted. It supported some of the recommendations made by the Joint Task Force regarding DIP financing.

The Association's concern, in part, is about the effect of super priority status. In particular, it told the Committee that "[a]ny change in the negotiated priority position of a secured party will create uncertainty and limit the availability of credit. Providing for a super priority for new credit in a reorganization will have an adverse effect on pre-insolvency lending arrangements. If new and innovative companies are to receive adequate credit at reasonable costs, secured parties must be assured that their priority position will not be diminished."

In questioning the reason for allowing DIP financing to occur under the CCAA but not under the BIA and finding no policy justification for the difference, Mr. Max Mendelsohn, of Mendelsohn, G.P., told the Committee that "[i]f a reorganizing entity believes that it is too expensive to seek DIP financing in its reorganization, it will not do it or it will not be able to do it. However, it should not be denied the opportunity to try to do it if the concept makes sense."

This sentiment was supported by the Canadian Bar Association, which argued that "the same factors that lead to the need for DIP financing in a CCAA reorganization also

exist in BIA proposals." It recommended that DIP financing be available on a consistent basis in both BIA proposals and CCAA reorganizations. Since the granting of DIP financing affects the interests of stakeholders, the Association also told the Committee that the debtor should have the burden of proof on application for DIP financing.

The Committee believes that Debtor-in-Possession financing may be instrumental in ensuring the continued operation of businesses during restructuring, but cautions that reorganization may not be the preferred solution in all cases, since there may be instances where liquidation is the option that, in the long run, will be best for all stakeholders.

That being said, if DIP financing is to be used, the Committee believes that the Court should be provided with some guidance in deciding whether to approve this financing, and that it should – in the interests of fairness – be available in both CCAA reorganizations and BIA proposals; some proposals can be relatively significant in their size and scope. In our view, the entity providing the financing should be compensated for the risk that it is taking, but existing secured creditors should receive notice that the Court is contemplating the approval of DIP financing and a DIP lien that would have priority over their interests. The availability of DIP financing, criteria to guide the Court's decision making, notice to secured creditors and priority for DIP lenders would help to meet several of the fundamental principles identified by us in Chapter Two, including fairness, predictability and efficiency. For these reasons, the Committee recommends that:

... if DIP financing is to be used, the Committee believes that the Court should be provided with some guidance in deciding whether to approve this financing, and that it should – in the interests of fairness – be available in both CCAA reorganizations and BIA proposals; some proposals can be relatively significant in their size and scope.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to permit Debtor-in-Possession financing. The Court should be given the jurisdiction to provide that the lien by the Debtor-in-Possession lender can rank prior to such other existing security interests as it may specify. As well, any secured creditor affected by such priority should be given notice of the Court hearing intended to authorize the creation of security ranking prior to its security. In deciding whether to

authorize a Debtor-in-Possession loan, the Court should be required to consider the seven factors outlined by the Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform in its March 2002 report.

C. The Rights of Unpaid Suppliers

Unpaid suppliers were first given protection in the BIA in 1992, when they were provided with the right to repossess merchandise delivered to a purchaser who goes bankrupt or goes into receivership, although a number of conditions apply ...

The notion of protection for unpaid suppliers when a purchaser goes bankrupt is not new in Canada. A provision in this regard was found in Quebec's *Civil Code* and was proposed in the *Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation* – the Tassé Report – in 1970. Unpaid suppliers were first given protection in the BIA in 1992, when they were provided with the right to repossess merchandise delivered to a purchaser who goes bankrupt or goes into receivership, although a number of conditions apply:

- the supplier must make a written demand for the goods within 30 days after delivery;
- the purchaser must be bankrupt or in receivership when the demand is made;
- the goods must be in the possession of the receiver, trustee or purchaser;
- the goods must be identifiable and not fully paid for; and
- the goods must be in the same state as they were on delivery and not resold at arm's length or subject to an agreement for sale.

When the purchaser has made partial payment for the goods, the supplier may repossess a portion of the goods that is proportional to the amount owing; alternatively, he or she may repossess all of the goods after repaying any partial payment received. While the right to repossess does not extend to situations where the company is reorganizing under the BIA, if the company subsequently becomes bankrupt the supplier may exercise its right to repossess goods delivered just prior to reorganization, provided the 30-day period has not expired.

Special rights exist for farmers, fishers and aquaculturalists who deliver their products to a purchaser who

subsequently becomes bankrupt or is placed in receivership. Where these products are delivered within 15 days prior to the bankruptcy or receivership and the farmer, fisher or aquaculturalist files a claim for any unpaid amount in respect of them within 30 days thereafter, the claim is secured by a charge on all inventory held by the purchaser and takes priority over all other rights or charges against that inventory except a specific unpaid supplier's right of possession.

The "30-day goods rule" was introduced to protect suppliers – who often lack a realistic ability to demand security for the transaction – from harm by insolvent debtors who order excessive amounts of inventory prior to bankruptcy as a means of increasing the assets available to satisfy secured creditors, a practice that is sometimes referred to as "juicing the trades."

The "30-day goods rule" was introduced to protect suppliers – who often lack a realistic ability to demand security for the transaction – from harm by insolvent debtors who order excessive amounts of inventory prior to bankruptcy as a means of increasing the assets available to satisfy secured creditors, a practice that is sometimes referred to as "juicing the trades." It also, however, can assist businesses in financial difficulty; because suppliers can recover their goods under certain circumstances, they may be willing to continue supplying to these businesses.

There is some controversy about the effectiveness of the 30-day goods recourse and about whether it should exist at all. While suppliers support the concept of protecting trade creditors, there are some criticisms. For example, the time frame within which unpaid suppliers must act to preserve their right to repossess often bears no relationship to the date of the purchaser's bankruptcy, which is the event that prompts repossession. When a purchaser goes bankrupt near the end of the 30-day delivery period, it may be difficult – if not impossible – for the unpaid supplier to receive notice of the bankruptcy and to deliver the repossession demand before the period expires. Effective exercise of the right may require advance knowledge about the impending bankruptcy.

A second problem concerns the requirement that the goods be in the same state as they were on delivery; any transformation through a production process means that the repossession right ceases to exist. Problems also arise where the goods are sold prior to the unpaid supplier making a claim for repossession. Moreover, the protection is limited to suppliers of goods, since those who supply services and credit

have no protection, and to situations of bankruptcy, since no protection is given by either the BIA or the CCAA in situations of reorganization. Some debtors have, for example, liquidated assets during the period of the stay of proceedings that occurs with the filing of a notice of intention to make a proposal, and have paid other creditors from the proceeds of the sale of these goods.

Supplier repossession reduces the assets in the bankrupt's estate and, consequently, the moneys available for distribution to creditors. As a result, credit availability and cost could be affected. In some sense, other creditors bear the cost of protection for the suppliers of 30-day goods. Moreover, the ability to repossess gives the supplier a right that was not part of the contract negotiated between it and the company; the argument may be made that if the supplier wanted to obtain security, this protection could have been available through the negotiation of the contract.

Supplier repossession reduces the assets in the bankrupt's estate and, consequently, the moneys available for distribution to creditors.

Witnesses shared with the Committee a variety of views about the 30-day goods rule, with some suggesting that it be abolished for the reasons cited above, and others recommending that it be changed to correct the deficiencies that have been identified. The Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform told the Committee that "there is no justification for preferring suppliers over other unsecured creditors. … In our view, there is no case for increasing further the protection of unpaid suppliers in bankruptcy. On the contrary, there is a strong case for removing the special preference for suppliers of goods altogether."

Mr. Andrew Kent, of McMillan Binch LLP, expressed support for the position of the Joint Task Force that the claim should be eliminated. In his view, if the law were to be amended to give enhanced status to the claims of suppliers of 30-day goods, then the business would have no bargaining leverage with the supplier. He also believed that suppliers already have a number of tools that they can use to protect themselves, and are making "a conscious business choice" if they fail to do so.

[The Committee was told that giving suppliers more rights] ... could undermine restructuring efforts in cases where compromising supplier claims is required.

Mr. Kent also provided the Committee with a third reason for not providing enhanced status to suppliers. Describing the situation as a "pure special interest group grab," he suggested that there is no policy justification for favouring this group and noted that many of the beneficiaries would be large, foreign companies. According to him, "pandering to special interest groups without good policy justification will make [Canada] less competitive and hurt all of us." He also opposed suppliers being given more rights in restructuring proceedings, which could undermine restructuring efforts in cases where compromising supplier claims is required.

In support of Mr. Kent's position, the Canadian Bankers Association advocated repeal of the relevant sections of the BIA. In its view, the rights for unpaid suppliers have a number of consequences; in particular, their existence: limits the availability of operating credit; adds to the monitoring cost of creditors which, in turn, results in higher interest rates; adds to the costs of debtors, who need to provide more detailed inventory accounting; duplicates existing supplier protection mechanisms; and may promote lax credit granting practices on the part of suppliers. At a minimum, the Association opposed any enhancement to unpaid supplier protection in the form of a super priority.

The Canadian Bar Association described the protection for unpaid suppliers as "difficult to apply in practice" and "largely illusory." Among the problems identified by the Association were the timing of commencement of the 30-day period and its lack of application to suppliers of services or of credit. In its view, if Parliament wishes to retain the provision, the notice should be given to the trustee within 15 days of the effective date of bankruptcy/receivership for goods delivered in the 30 days prior to the bankruptcy/receivership.

Other witnesses supported statutory protection for unpaid suppliers. The Canadian Federation of Independent Business described some of the challenges faced by small businesses that supply goods to firms that become bankrupt. For example, since customers generally have 30 days in order to pay for their goods, the last day on which goods could be

seized is the same day that the invoice is due to be paid. As well, since goods must be in the same state as when they were delivered, slight alteration of the goods or simply opening the box may preclude repossession by the unpaid supplier. Third, some small and medium-sized businesses have encountered debtors that "load up" on goods on credit before initiating bankruptcy proceedings; this action has the effect of increasing the asset base, and thus recovery by secured creditors, at the expense of the unpaid suppliers. Moreover, small and medium-sized businesses are concerned about "quick flips," whereby a company enters receivership, does not pay unsecured creditors, and begins operations shortly thereafter under a new name but with the same assets and management structure.

The Federation provided the Committee with a number of recommendations for change that would provide unpaid suppliers with relatively more effective protection: the repossession right should be extended beyond 30 days; the rules should be clarified and made fairer for unsecured creditors; ownership of goods purchased on credit should not pass to the debtor until the goods are paid in full; unpaid suppliers should be represented on a creditors' committee that would help to oversee the bankruptcy process; the debtor should be at arm's length from the disposal of assets; and rules regarding asset rollovers should be tightened, with more severe penalties to prevent abuse.

Professors Ziegel and Telfer urged improved protection for unpaid suppliers of goods and argued that the "seller's right of repossession should be converted to a lien right where the debtor has initiated reorganizational proceedings under the BIA or the CCAA."

Equifax Canada Inc. argued that "[t]he ... 30-days goods rights ... have not provided satisfactory protections .... [A] reorganizing business can invariably stave off the statutory claims of unpaid suppliers until the goods in question have been consumed in the manufacturing process or have

otherwise become unavailable for recovery under the restrictive terms of the BIA."

The Writers' Union of Canada also commented on the issue, and told the Committee that while authors "do not own the physical copies of their works, [they] should be treated in a manner akin to the treatment of unpaid suppliers to repossess their goods proportional (sic) to unpaid amounts. ... A publisher's 'goods' ... include the intellectual property. If that intellectual property has not been fully paid for, the author should have a lien on the physical books to the extent of the accrued royalties or other shortfall in payment." The Union would like to have rights comparable to those given to farmers, fishers and aquaculturalists in the BIA.

The Committee, on balance, believes that the current provisions [with respect to unpaid supplier rights] in the BIA are not working as they were intended.

The Committee, on balance, believes that the current provisions in the BIA are not working as they were intended. According to a recent Court judgment, when abuses such as "loading up" or "quick flips" take place, creditors who are prejudiced have recourse against the directors and/or management of the offending debtor. Like our witnesses, we believe that there is a myriad of problems with the 30-day goods rule, with the consequence that the protection has no practical value. The question then to be decided is: should we recommend improvements to the existing provisions, or should we recommend that the provisions be repealed? We received much testimony to suggest that the existing provisions are not effective; moreover, they are not accessible to all suppliers – being limited to goods and to situations of bankruptcy – and are not fair from the perspective that they provide protection to recent unpaid suppliers at the expense of other creditors. Clearly, a number of the fundamental principles identified by us in Chapter Two are not being served by the current provisions. We believe that the appropriate action is their repeal, rather than their amendment, with the exception of farmers, fishers and aquaculturalists for whom the provisions remain appropriate. For this reason, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to repeal, subject to the noted exception, the provisions that provide protection for unpaid suppliers of goods to bankrupt companies. The provisions that protect the rights of farmers, fishers and aquaculturalists as suppliers should be retained.

D. Cross-Border Insolvencies

... it is important that the legal approaches to insolvency in the affected countries be adequate and harmonious in order to facilitate the recovery of financially troubled businesses if that is possible and desirable, to ensure the equitable sharing of the loss if it is not and, most generally, to ensure a fair, efficient and predictable administration of cross-border insolvencies in order to safeguard capital flows and international investment.

Canadian insolvency legislation is designed to address domestic corporate failures. With the globalization of international markets and businesses, however, there are increasing numbers of insolvencies that are international – or cross-border – in nature. From this perspective, it is important that the legal approaches to insolvency in the affected countries be adequate and harmonious in order to facilitate the recovery of financially troubled businesses if that is possible and desirable, to ensure the equitable sharing of the loss if it is not and, most generally, to ensure a fair, efficient and predictable administration of cross-border insolvencies in order to safeguard capital flows and international investment.

Through amendments in 1997, the BIA and the CCAA seek to harmonize Canadian bankruptcy and reorganization proceedings with those of other countries and to reduce jurisdictional conflicts that may arise when insolvencies involve assets that are located in more than one country. Despite the existence of these provisions, however, a number of the Committee's witnesses spoke about the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on Cross-Border Insolvency. The stated purpose of the Model Law is:

> "to provide effective mechanisms for dealing with cases of cross-border insolvency so as to promote the objectives of:
>
> - Cooperation between the Courts and other competent authorities ... involved in cases of cross-border insolvency;
> - Greater legal certainty for trade and investment;
> - Fair and efficient administration of cross-border insolvencies that protects the interests of all creditors and other interested persons, including the debtor;

- Protection and maximization of the value of the debtor's assets; and
- Facilitation of the rescue of financially troubled businesses, thereby protecting investment and preserving employment."

Initiated by the United Nations Commission on International Trade Law in cooperation with the International Association of Insolvency Practitioners and with the assistance of the International Bar Association, the 1997 Model Law seeks to implement a "modern, harmonized and fair framework" – respecting differences among national laws – to apply in cases where "the insolvent debtor has assets in more than one State, or where some of the creditors of the debtor are not from the State where the insolvency proceeding is taking place." More than 70 countries – including Canada – and international organizations participated in the development process, and consensus was reached on each of the Model Law's provisions.

More than 70 countries – including Canada – and international organizations participated in the development process, ana consensus was reached on each of the Model Law's provisions.

In the Commission's view, while the Model Law itself envisages the possibility of modification or incomplete adoption into the system of any particular country, this flexibility should be exercised with caution, since the desired degree of harmonization and certainty across countries is diminished when changes are made, and cooperation and coordination among affected countries in any particular case of insolvency is made more difficult.

Foreign representatives would have more rights and powers regarding possession and distribution of a debtor's assets with the adoption of the Model Law than they now have under the BIA. Canadian insolvency rules, however, would continue to exist, and Canadian Courts would have the jurisdiction to require adequate protection for Canadian creditors and other interested parties.

Some of the Committee's witnesses recommended that Canada adopt the Model Law as written, while others preferred that it not be adopted and still others argued that – if adoption

is to occur – changes should first be made. In support of the adoption of the Model Law by Canada, the International Insolvency Institute informed the Committee that "[i]n a typical international insolvency, different sets of creditors assert different kinds of claims to different assets under different rules in different countries. ... When insolvency or financial failure affects a multinational business, it is still most commonly dealt with through a variety of independent, separate and often-unconnected administrations, most often for different, if not conflicting, purposes." The adoption of the Model Law would help to ensure uniformity of treatment across nations.

A number of witnesses suggested that the Model Law, if adopted, should contain a reciprocity provision according to which foreign representatives could benefit from Canadian Model Law provisions only if their country has also adopted the Model Law; such a provision would, in their view, give assistance to foreign insolvency representatives that have adopted the Model Law but deny cooperation to those that have not.

[The Committee was informed that] among the countries that have considered the Model Law, only a limited number have reciprocity requirements; Canada's North American Free Trade Agreement partners are not among them.

The International Insolvency Institute indicated that, among the countries that have considered the Model Law, only a limited number have reciprocity requirements; Canada's North American Free Trade Agreement partners are not among them. In its view, "to date, the weight of international opinion seems to be against the concept of a reciprocity requirement." Moreover, "[a]dopting a reciprocity requirement would be contrary to Canada's long-standing position of leadership in international insolvency issues. It would also be inconsistent with the international insolvency provisions that were enacted ... in 1997 into the BIA and the CCAA." At that time, reciprocity requirements were not considered.

Witnesses also made other suggestions. The Insolvency Institute of Canada, for example, suggested that the recognition of a foreign representative under the Model Law be conditioned by the contemporaneous appointment of a Canadian creditors' committee to safeguard the interests of Canadian creditors in a multinational reorganization or

insolvency. The International Insolvency Institute supported this view, as did the Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform. Even though it believed that consideration should be given to retaining the current BIA and CCAA provisions, with any needed amendments, the Joint Task Force told the Committee that "if Canada does decide to adopt the Model Law, the legislation should incorporate provisions to protect the interests of Canadian creditors .... [A] Canadian creditor's (sic) committee must be appointed. ... The committee would be funded out of foreign main proceedings and entitled to appoint legal counsel and financial advisers if necessary."

Mr. David Baird, Q.C., of Torys LLP, told the Committee that the introduction of the Model Law into Canada should be deferred until the resolution of a number of issues raised by him regarding the transfer of assets to a foreign jurisdiction. Should the Model Law be introduced without consideration and resolution of these issues, he believed that "as a condition precedent to any order authorizing the transfer of assets to a foreign jurisdiction, the court should be required to either appoint a creditors' committee or a licensed trustee as a monitor with such powers as may be stipulated by the court and ensure that provisions are in place to provide the creditors' committee or monitor with reasonable funding." He also recommended that select provisions in the BIA and the CCAA regarding coordination in cross-border insolvencies be amended to limit their use to the affairs of an insolvent party.

Further study was recommended by the Canadian Bankers Association, which indicated that it "would be opposed to the adoption of the Model Law if it would have an adverse effect on Canadian sovereignty." It believed that the Model Law should not be adopted until analysis has assured that it would not infringe on Canadian sovereignty or negatively affect the rights of Canadian creditors, and that it would be consistent with the structure of the Canadian insolvency system.

Professor Keith Yamauchi, with the Faculty of Law at the University of Calgary, opposed the adoption of the Model

Law. He suggested that the Model Law is probably not the best law, since "it was primarily created through the work of certain proponents who represented relatively affluent countries." In his view, "[t]he fact that Eritrea has adopted it, and certain relatively affluent countries have not, raises the concern as to whether this one-size-fits-all model will work in a major industrialized nation such as Canada." Moreover, he commented on modifications to the Model Law, suggesting that "[m]aking changes to [it] to address Canadian culture and economics goes against the urgings of [the] UNCITRAL. ... I feel Canada must conduct a thorough review of the [M]odel [L]aw from a Canadian perspective to see if it adds anything to the Canadian business culture."

The Canadian Bar Association indicated that "cross-border insolvencies present unique challenges to stakeholders and to the courts in coordinating and harmonizing the administration of a liquidation or a reorganization for the benefit of stakeholders in multiple jurisdictions." In its view, "adoption of the Model Law is something to which Canada should aspire," although modifications may be needed to ensure that the interests of Canadian stakeholders are not negatively affected by foreign insolvency proceedings. Ms. Hélène Beaulieu also shared with the Committee her views about the Model Law.

We believe – as we do with respect to international trade agreements – that harmonized and predictable rules among countries with respect to insolvency will have desirable consequences for the world's nations, but more particularly for Canada: higher levels of trade, more investment and increased access to reasonably priced credit.

In the Committee's view, Canadian insolvency law must be compatible with – although not necessarily identical to – the legislation in other countries, particularly the United States which is our largest and most important trading partner and the country with which the largest proportion of cross-border bankruptcies may occur. We believe – as we do with respect to international trade agreements – that harmonized and predictable rules among countries with respect to insolvency will have desirable consequences for the world's nations, but more particularly for Canada: higher levels of trade, more investment and increased access to reasonably priced credit.

The Committee is cognizant of the leadership role Canada has had in the creation of an international insolvency law framework and in the development of the Model Law. As

well, the 1997 amendments to the BIA and the CCAA with respect to international insolvency confirm our belief that international insolvencies are occurring and require a regime within which they can be resolved. We view the adoption of the UNCITRAL Model Law as important in safeguarding the economic health of our nation and in retaining our historic leadership role. We believe, however, that reciprocity and the fair and equitable treatment of Canadian creditors in foreign proceedings are also important, particularly as a means of ensuring fairness and transparency. It is from this perspective that the Committee recommends that:

We view the adoption of the UNCITRAL Model Law as important in safeguarding the economic health of our nation and in retaining our historic leadership role.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to incorporate the United Nations Commission on International Trade Law Model Law on Cross-Border Insolvency. Consideration should be given to adding a reciprocity provision and provisions that would assure the creation of a creditors' committee, consisting of Canadian creditors, to protect their interests. The reasonable expenses of the members of this committee should be paid by the foreign debtor, if considered appropriate by the Canadian Court.

E. Director Liability

Federal and provincial/territorial statutes expose corporate directors to personal liability for a range of corporate debts, including unpaid wages and taxes. While due diligence and/or good faith reliance defences are available in most cases, directors are subject to absolute liability for some debts, and no defence is possible. Even in the former instances, however, there is some risk.

... reduced exposure to personal liability might encourage desirable individuals to accept positions as directors.

This liability may dissuade highly competent individuals from becoming corporate directors, and from remaining with the organization during periods of financial difficulty. From this perspective, reduced exposure to personal liability might encourage desirable individuals to accept positions as directors. A high level of personal liability, however, might be supported on the basis that it should lead to highly responsible behaviour by directors in order to reduce their risks.

The subject of director liability has been examined by a federal government working group, which concluded that while their liability has increased over the 1970s and 1980s, the marketplace could address the problem and risks are manageable. In the group's view, personal liability provides directors with an incentive to perform their duties properly. The issue of director liability has also received the attention of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, as noted below.

Regarding sanctions for director conduct detrimental to creditors, some Courts have recently increased the responsibility of directors to consider the interests of creditors when their company becomes insolvent; in particular, they may – in appropriate circumstances – be held personally liable for failure to consider these interests.

In 1970, the *Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation* – the Tassé Report –

recommended the disqualification of directors of bankrupt companies from serving as directors and, in some situations, the imposition of personal liability on them for deficiencies in company assets. Director liability for creditors' losses was included in insolvency legislation proposed in the late 1970s and early 1980s that died on the Order Paper, and in 1986 the *Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency* – the Colter Report – recommended amendment of the BIA for director disqualification and personal liability for "wrongful conduct." In the 1990s, discussion has focussed on "asset rollovers," which occur when the assets of a bankrupt company are sold to its principals, usually its directors, sometimes at relatively low cost. The principals may begin operations using these low-cost assets, while creditors bear the burden of loss.

Director liability for creditors' losses was included in insolvency legislation proposed in the late 1970s and early 1980s that died on the Order Paper ...

In the view of Professor Sarra, "[w]hile the good faith and duly diligent efforts of corporate directors and officers ought to be protected, a blanket safe harbour provision is likely to create *ex ante* incentives to fail to pay small trade suppliers, workers and pensioners, absent statutory language that appropriately balances these interests."

Professors Ziegel and Telfer supported the concept of a uniform provision in the BIA governing the liability of directors of an insolvent corporation for unpaid wages. They noted the liability that directors have for unpaid wages under a number of business corporations acts, and highlighted the lack of uniformity, since in some cases liability is absolute while in others a due diligence defence exists.

Regarding the personal liability of directors, the Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform told the Committee that "independent directors [should be relieved of] personal liability for obligations arising immediately prior to a filing. Independent directors typically have little or no control over whether such obligations are satisfied and so it is not appropriate to hold them personally liable for these sums so long as the debtor files for reorganization or bankruptcy on a timely basis before there are significant arrears."

The Joint Task Force also indicated that, "in exercising their duties during the course of a reorganization proceeding, the debtor's directors and officers and the applicable insolvency administrators [should] take into account the priority of claims of different value and priority in the face of considerable uncertainty about the values of the business and the assets of the debtor." It believed that doing so "would reinforce the trend in Canadian jurisprudence toward recognizing that, in insolvency, the fiduciary duties of officers and directors include an obligation to consider the best interests of creditors as well as shareholders."

... in earlier studies this Committee has recommended measures that would limit the scope of directors' liabilities in insolvencies.

As noted above, in earlier studies this Committee has recommended measures that would limit the scope of directors' liabilities in insolvencies. Our 1996 report *Corporate Governance* recommended incorporating provisions covering directors' liability for wages into the BIA, with a due diligence defence. Furthermore, in our 1997 report on Bill C-5, we recommended legislating, in the BIA, a generally applicable due diligence defence against personal liability for directors. We continue to support this change, and believe that it is, in essence, a question of fairness and of responsibility. We also hope that such a change might have the desirable effect of increasing the number of competent individuals who wish to serve as directors, since in our June 2003 report *Navigating Through "The Perfect Storm": Safeguards to Restore Investor Confidence* we identified the concern of some about the limited pool of directors in Canada. For this reason, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to include a generally applicable due diligence defence against personal liability for directors.

F Transfers at Undervalue and Preferences

Canada's provisions with respect to preferences – when an insolvent debtor pays one or more creditors at the expense of other creditors – have remained largely unchanged since the 1919 *Bankruptcy Act*. Provincial/territorial assignments, preferences and conveyances legislation has existed, as well, since Confederation. In 1967, a new concept was added to the *Bankruptcy Act:* that of "reviewable transaction." A reviewable transaction is a transaction between parties not dealing at arm's length where the consideration given or received – as the case may be – by the debtor is significantly greater or less – as the case may be – than fair market value. In this situation, a financial advantage is effectively conferred on the other party to the transaction, to the disadvantage of the debtor and the debtor's other creditors.

These kinds of transactions, which may occur when the debtor is insolvent or may cause the debtor's insolvency, are addressed by the law because they have the effect of reducing the moneys or assets available for distribution to other creditors. Concerns exist with respect to: difficulties that may be encountered in enforcing remedies resulting from reviewable transactions that diminish the debtor's assets; uncertainty about what transactions would, and would not, be considered to be prohibited; and the limited nature of some of the provisions, with legislation at the federal level supplemented by provincial/territorial legislation.

In particular, the provinces/territories have assignments, preferences and conveyances legislation that addresses transactions or conveyances without consideration or at undervalue. The application of this legislation, however, is not limited to situations of insolvency.

The federal legislation currently focuses on fraud and intent, which are difficult to prove.

The federal legislation currently focuses on fraud and intent, which are difficult to prove. Some have argued that it may be more appropriate to examine the result of the transaction, rather than the intent behind it. The federal

legislation is rarely used because of the difficulty, time and expense associated with it; as an alternative, the parties are more likely to access provincial/territorial legislation.

In the opinion of the Canadian Bankers Association, the current framework requires improvement. The Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform argued for consistency between the CCAA and the BIA, and advocated "a complete code in federal insolvency law, so that there would be a national standard for challenging transactions that may affect the value of creditors' realizable claims. ... Current provincial conveyances, preferences and assignments legislation ... would continue to be available to creditors outside of the insolvency context."

Regarding intent, the Joint Task Force told the Committee that "[t]here is some debate as to whether the BIA should retain the current test ..., which is one of establishing that the transaction was made 'with a view to' preferring a creditor, i.e. a subjective intention test. Other jurisdictions have moved away from this approach to a standard of assessing the effect of the transaction on the position of creditors with claims in bankruptcy. The difficulty is that transactions made in good faith are not necessarily protected from an 'effects-based' standard ... ."

The Committee believes that there should be a uniform system nationwide for the examination of fraudulent and reviewable transactions in situations of insolvency.

The Committee believes that there should be a uniform system nationwide for the examination of fraudulent and reviewable transactions in situations of insolvency. At present, there is a lack of fairness, uniformity and predictability by virtue of both federal and provincial/territorial legislation addressing fraudulent and reviewable transactions. We feel that a national standard is needed for reviewable transactions that diminish the value of the insolvent debtor's estate and thereby reduce the value of creditors' realizable claims. Provincial/territorial legislation would continue to exist for transactions not occurring in the context of insolvency. A national system for review of such transactions would provide the fairness and predictability that we want in our insolvency system. From this perspective, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to ensure consistent and simplified rules for challenging fraudulent preferences, conveyances at undervalue and other reviewable transactions. A trustee/monitor under a proposal should have the same powers as a trustee in bankruptcy. The Acts should provide a standard for challenging transactions that may affect the value of creditors' realizable claims.

G. Bankruptcy by Securities Firms

In 1997, provisions were added to the BIA to provide a regime for bankruptcy by securities firms. Although a securities firm holds securities and cash in trust for its clients who have ownership rights in that property, the BIA's provisions provide that only "customer name securities" are to be given to the clients who own them; almost all securities and cash held by the bankrupt are pooled and distributed *pro rata* among its clients.

Since the provisions came into force, a number of bankruptcies by securities firms have highlighted ways in which the BIA's provisions might be improved. In particular, problems have been encountered with respect to mutual funds held in Registered Retirement Savings Plan accounts and whether a trustee should be permitted to liquidate a large quantity of very low-valued securities and distribute cash rather than the securities.

The Canadian Bankers Association expressed support for technical changes that would aid in the efficient distribution of assets resulting from the insolvency of a securities firm.

... it is seldom the case that legislation – particularly in a new area of application – can fully anticipate all circumstances or all unintended consequences.

The Committee is aware that the BIA's provisions with respect to bankruptcies by securities firms are relatively recent, and that certain problems have arisen as the new provisions have been applied since their enactment. In some sense, this outcome is predictable, since it is seldom the case that legislation – particularly in a new area of application – can fully anticipate all circumstances or all unintended consequences. In our view, efficiency and effectiveness require that changes be made to the BIA to resolve any problems regarding bankruptcy by securities firms that have been identified by stakeholders since 1997. Consequently, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to clarify: the definition of "net equity;" the status of cash in the accounts of bankrupt securities firms; and the applicability of Part XII of the Act to electronic transactions.

H. Financial Market Issues

When a business reorganization occurs, the automatic stay of proceedings that occurs as a consequence has been held to apply to such financial regulators as securities commissions and/or stock exchanges.

When a business reorganization occurs, the automatic stay of proceedings that occurs as a consequence has been held to apply to such financial regulators as securities commissions and/or stock exchanges. This circumstance could limit the ability of these regulators to perform their regulatory duties and take action against companies that conduct themselves improperly, which might be particularly important when there is a heightened need to control or supervise an insolvent company and thereby ensure the integrity of the country's capital markets. From this perspective, it may be appropriate to exempt financial regulators from the automatic stay of proceedings that occurs during a reorganization.

The Ontario Securities Commission (OSC) informed the Committee that it is "concerned that a court-ordered stay of proceedings under the CCAA, which extends to the actions or proceedings by a regulator, will restrict and compromise the OSC's ability to carry out its duties and mandate under the *Securities Act* to provide protection to investors and to foster the integrity of and confidence in the capital markets through enforcing compliance with Ontario securities law." It noted that other securities regulators in Canada also share this concern.

The OSC believes that the current provision in the CCAA interferes with the ability of securities regulators to exercise their statutory mandate; in particular, the OSC's mandate is to: protect investors from unfair, improper or fraudulent practices; and foster fair and efficient capital markets, and confidence in those markets. The investing public and capital market participants rely on securities regulators to carry out these types of responsibilities, and where they are restricted from doing so as a consequence of a Court-ordered stay of proceedings, faith in – and the integrity of – the system are compromised.

Consequently, the OSC proposed an amendment to the CCAA in order to exempt securities regulators from the application of a Court-ordered stay of proceedings. Such an exemption would, in its view, mirror that which is currently available for the federal Minister of Finance, the Superintendent of Financial Institutions, the Governor in Council and the Canada Deposit Insurance Corporation.

The Committee, too, is concerned about protecting investors from unfair, improper and fraudulent practices. In our June 2003 report *Navigating Through "The Perfect Storm": Safeguards to Restore Investor Confidence*, we made recommendations designed to ensure the investor confidence in publicly traded companies and capital markets that is needed for our continued economic growth and prosperity. We also believe that the amendment sought by the Ontario Securities Commission would contribute to greater effectiveness and the restored confidence we – and others – are seeking. As a result, the Committee recommends that:

The Committee, too, is concerned about protecting investors from unfair, improper and fraudulent practices.

The *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to give the Court the right to exempt securities regulators from Court-ordered stays of proceedings in instances where two conditions are met: the exemption is needed for the protection of third parties; and the exemption does not subject directors or senior management to undue pressure and loss of time.

The Committee also received testimony about another financial market issue: electronic money and a "partial security interest." According to van Leeuwen Engineering Limited, a partial – or shared – security interest would allow a number of creditors to share their interest in a piece of property and essentially become secured creditors; it would enable "smaller debts to be secured, which would reduce bad debt." While provincial/territorial legislative change would be required to establish the partial security interest, a federal amendment would be needed to allow "electronic money." The organization suggested that access to the Canadian Payments Association should be given so that "small start-up financial-

Believing that this proposal falls outside the scope of our review, the Committee makes no specific recommendation [about electronic money and a partial security interest].

transaction companies can plug in and try out their methodologies. If they grow, they can either eventually migrate to being a bank or … some other form of structure." The notion of a joint payment guarantee instrument was also raised.

The Committee is aware that van Leeuwen Engineering Limited has had discussions with the Bank of Canada about the proposal, and urges the organization to continue to pursue those discussions. Believing that this proposal falls outside the scope of our review, the Committee makes no specific recommendation.

I. Insolvency Practitioner Liability as a Successor Employer

At present, trustees, receivers and other insolvency practitioners may be held personally liable, as successor employers, for certain obligations of a bankrupt or insolvent debtor. While the BIA provides some protection, not all administrators have legislative protection from all claims. In particular, obligations might include wages, vacation, severance and termination pay, as well as pension claims, even where these arise prior to the appointment of the administrator. Moreover, the administrator may be unaware of the nature and scope of these obligations when he or she agrees to provide services.

If competent individuals are to become insolvency practitioners, they must be provided with some measure of protection from personal liability in their role as administrator and not be assimilated to, or treated as, successor employers. In essence, their protection must exceed the risk they assume in providing services, otherwise they are unlikely to do so.

The Canadian Bankers Association believed that there should be greater protection for insolvency practitioners against being treated as successor employers, and supported "a clear separation of the personal liability of a trustee from the liability of the debtor's estate. ... [T]rustees should only be personally liable for claims occurring after their appointment, and only those that arose through their negligence."

Earlier, the Committee commented on the protection needed for directors, in part to ensure that competent individuals are willing to become directors. Similarly, we believe that insolvency practitioners need protection from personal liability, otherwise individuals are likely to be unwilling to provide these critical services. From a fairness perspective alone, it would seem reasonable to ensure that any liability they face is not the consequence of actions taken by the debtor before their appointment. For this reason, the Committee recommends that:

... we believe that insolvency practitioners need protection from personal liability, otherwise individuals are likely to be unwilling to provide these critical services.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to separate clearly the personal liability of an insolvency practitioner from the liability of the debtors' estate.

J. Executory Contracts

Executory contracts are contracts under which something remains to be done by one or more of the parties to the contract. In essence, it is a contract where there are obligations yet to be completed. Examples include leases, intellectual property rights and employment contracts, among others. Neither the BIA nor the CCAA uses the expression "executory contract."

... the existence of [executory] these contracts in a situation of insolvency raises the question of the extent to which these private contracts – negotiated in good faith and with due consideration of risk – should be altered or terminated, under what circumstances and by whom.

Nevertheless, the existence of these contracts in a situation of insolvency raises the question of the extent to which these private contracts – negotiated in good faith and with due consideration of risk – should be altered or terminated, under what circumstances and by whom. Alteration or termination of contractual rights change expectations, reduce predictability in contracting and increase risks, which will have negative implications. As well, both contracting parties may experience harm, since the continuation of a contract may be in the best interest of both parties.

Canadian legislation in this area has existed for some time. The *Bankruptcy Act* passed in 1949 contained few restraints on completed contracts; as well, it explicitly recognized the applicability of provincial/territorial law to real estate leases. Various omnibus bills in the 1970s and 1980s, all of which died on the Order Paper, proposed that an insolvent person who wished to make a proposal could disclaim any executory contract, and the co-contracting party would have the right to file a claim in the proposal for damages; the insolvent company could continue as a going concern, while the co-contracting party to the disclaimed contract would be no worse off than if a bankruptcy had occurred.

Amendments to the BIA in 1992 provide that, after a reorganization begins, secured creditors cannot exercise their security; the termination of a lease, licensing agreement or public utility because of default was also prevented. Debtors, however, were given the ability to disclaim leases on real property.

Witnesses presented the Committee with divergent opinions on whether disclaimer of executory contracts should be allowed, with the Court's permission, by insolvency practitioners or by co-contracting parties. Some witnesses told us that a company involved in a reorganization should be permitted to renounce such contracts. This view was held, for example, by Mr. Mendelsohn, who told the Committee – in reference to the CCAA – that "reorganizing entities [do and should] have the ability to renounce executory contracts, ... with appropriate judicial supervision." After noting that, under the BIA, only commercial leases of real estate where the reorganizing entity is the lessee can be renounced, he argued that a coherent system of restructuring must permit the entity to renounce other executory contracts as well. He informed us that "[i]f executory contracts have to be renounced, they have to be renounced whether ... [the] company [is big or small]."

Mr. Mendelsohn also shared the view that a bankruptcy trustee should be able to assign and transfer executory contracts to third parties, including licensing arrangements and leases of premises. He believed that "a trustee in bankruptcy should be given the right to realize, for the benefit of creditors, whatever economic value resides in the assets, including executory contract assets."

The Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform also spoke about the ability to disclaim executory contracts and assignment to third parties. In the Joint Task Force's opinion, "[t]here should be a general right to disclaim (reject) executory contracts (including real property leases) in all bankruptcy and reorganization proceedings." Although it does not believe that insolvent organizations or the trustee in bankruptcy should require Court approval in order to disclaim these contracts existing at the date of commencement of proceedings, the Joint Task Force argued that "the legislation could impose some pre-conditions to the exercise of the disclaimer power either generally, or with respect to certain types of contracts."

Regarding the ability to assign executory contracts, the Joint Task Force informed the Committee that "trustees in

bankruptcy and court-appointed receivers should have the power to assign executory contacts (not including eligible financial contracts) both in connection with going concern transactions and on a liquidation basis," subject to a number of limitations. It went on to note, however, that "[t]here should be provision for the court to prohibit an assignment if [the non-bankrupt party to the contract] establishes that the proposed assignee does not meet, in a material way, criteria reasonably applied by [it] before entering into similar agreements ... or the proposed assignee is less creditworthy than [the bankrupt] was when the executory contract was entered into and reasonable assurances of payment have not been provided with respect to any credit required to be extended to the assignee by [the non-bankrupt party] under the executory contract after the assignment."

The Canadian Bankers Association, however, told the Committee that "[i]nsolvency law constraints on contracts can affect pre-insolvency contracting behaviour and may reduce credit availability. The new economy dictates that companies must be innovative and dynamic. In order to finance such new enterprises, financiers must be able to rely on the negotiated terms of their contracts."

A particular executory contract – a collective agreement – was discussed by several witnesses, including representatives of organized labour. In general, their view is that the Court should not be able to terminate a collective agreement, in whole or in part. The CAW-Canada told the Committee that "the CCAA offers no authority to a Court to abrogate a collective agreement. Nor should it do so. Still, some counsel and commentators believe that Superior Courts in Canada have an 'inherent jurisdiction' to issue an order pursuant to the CCAA which suspends or temporarily cancels one or more terms of a collective agreement. We fundamentally disagree."

A particular executory contract – a collective agreement – was discussed by several witnesses, including representatives of organized labour.

In the union's opinion, "[t]here can be no dispute that if the preservation of the status quo is a key objective of the CCAA, then the terms and conditions of employment defined in a collective agreement at the time of the issuance of a CCAA order must be maintained subject to the parties' mutual authority to negotiate changes." From this perspective, the

CAW-Canada told the Committee that "[t]he CCAA should ... make clear that it is not open to a Court, in exercising its 'inherent jurisdiction' to alter, waive, or override the provisions of a collective agreement without the consent of the employer and the relevant trade union."

A similar view was presented to the Committee by the United Steelworkers of America, which told us that "the Courts should not be entitled, under the guise of a CCAA proceeding, to interfere with the operation of freely negotiated collective agreements which affect the rights of many workers. ... [U]nions have demonstrated, in times of legitimate economic crisis, that they are capable of acting responsibly and in the best interests of their membership to agree to amendments to a collective agreement which may be necessary to enable the employer to survive. This cooperative approach is to be preferred to an approach which would eliminate workers (sic) rights with the stroke of a pen and subvert the primacy of collective bargaining."

Moreover, the Canadian Labour Congress differentiated collective agreements from other executory contracts, and indicated to the Committee that "[j]ust as employees are not like other creditors, collective agreements are not like other contracts. ... [T]he bankruptcy and CCAA courts should not be accorded any jurisdiction over collective bargaining agreements. ... Unlike other creditors, workers are not in a position to negotiate the terms upon which they may become creditors of their employer. Unlike other creditors, they are not in a position to assess the risks that they are required to bear. Unlike other creditors, they are not able to guarantee their employer's obligation by way of a secured charge. And unlike senior executives, they are not in a position to have their termination entitlements, including golden parachutes, set aside in trust accounts and thereby protected from bankruptcy proceedings."

The labour federation also informed the Committee that it does not support disclaimer of collective agreements. In its view, "[t]he debtor company and the union are in the best

position to evaluate the needs of the company and are also the parties with the greatest interest in preserving the company as a going concern; they are, therefore, the appropriate parties to determine any changes to the collective agreement. The key incentive for the parties to reach an agreement is the threat that a failure to do so will lead to the bankruptcy of the debtor. ... Neither the courts nor the monitor or receiver should have the power to vacate or amend a collective bargaining agreement that was arrived at within the provincial or federal statutory framework." The Canadian Labour Congress, however, went farther, and argued that "the value of each concession should be assigned unsecured creditor status with no less priority of valuation than any other unsecured creditor."

In support of the views of organized labour, Professor Sara commented that "treating collective agreements as commercial executory contracts that can be unilaterally set aside ... is highly problematic."

From the perspective of intellectual property rights, the Intellectual Property Institute of Canada indicated its preference for an approach that would limit the right of disclaimer to "unprofitable," rather than "executory," contracts, since there is "too much uncertainty as to what types of agreements would be found to be 'executory'." The Institute also made other suggestions for change.

For example, the Institute recommended that: the time limit for the exercise of the right of disclaimer be three months; the Court have the discretion to maintain the contract if the disclaimer would cause undue hardship not compensable in damages; the Court be permitted to make an order discharging the agreement and ordering payment for damages for non-performance by the trustee; aggrieved persons be given the status of a creditor of the bankrupt, to the extent of any loss suffered by reason of the disclaimer; and, where the bankrupt is a licensor of intellectual property rights, the licensee have the right to elect – within one month after receipt of the notice of disclaimer – to retain the licence. Recommendations were also made by it with respect to patents, trademarks and trade secrets.

[The Committee receivea testimony] with respect to patents, trademarks and trade secrets.

Similarly, Mr. Baird, Q.C., spoke to the Committee about intellectual property issues and noted the debate that has existed for some years about "whether a trustee in bankruptcy or a bankrupt licensor or a debtor under the protection of the CCAA has the right to repudiate licences issued by the bankrupt or the insolvent debtor." In supporting a recommendation made by the Insolvency Institute of Canada, he said that "the BIA and the CCAA [should] be amended to provide protection for a licensee of a right to intellectual property similar to that provided in the United States."

The Writers' Union of Canada also commented on copyright, noting the absence of copyright issues in the CCAA and the extent to which "the *Bankruptcy and Insolvency Act* less frequently applies – or doesn't apply initially. ... When [it] does apply, it provides writers with very limited protection and often too late. A receiver or trustee in bankruptcy may already have assigned his or her rights and sold the inventory, short circuiting a possible statutory reversion of rights, depriving the author of possible revenues from sales by the trustee, and interfering with the author's future opportunities for republication." It also recommended that a trustee not be permitted to transfer or assign the copyright, or any interest in it, since the relationship between a writer and his or her publisher is personal; the writer should be permitted to make any alternative arrangements in the event of his or her publisher's insolvency. Finally, the Union commented that there is a lack of clarity about whether a publishing agreement is a partial assignment of copyright or a licensing agreement under which the author retains the copyright.

... we urge relevant parties to engage in the discussion needed to ensure a satisfactory resolution to the full range of issues identified to us by the Intellectual Property Institute of Canada.

While we believe that there are a variety of unresolved issues related to the insolvency of a licensor or a licensee in the context of an intellectual property licence, intellectual property law is a highly specialized area and we feel that the limited examination given by the Committee to this particular aspect of insolvency does not enable us to make any meaningful recommendations for change. Nevertheless, we urge relevant parties to engage in the discussion needed to ensure a satisfactory resolution to the full range of issues identified to us by the Intellectual Property Institute of Canada.

More generally, the Committee supports the concept of permitting disclaimer of all executory contracts, since we believe that the flexibility to take this action increases the probability of successful reorganization and thereby – in some sense – a fresher, if not fresh, start for the business. We also feel, however, that the parties to executory contracts should meet in good faith with a view to negotiating mutually acceptable changes to their contract that would enable them to meet their goals and permit the contract to continue, albeit in a changed form. We strongly believe that, in most cases, the parties will be able to come to a successful resolution; however, it is likely that situations will arise in which the parties cannot reach agreement, and in these cases we believe that disclaimer should be permitted by the Court. Nevertheless, disclaimer should only be allowed where certain conditions are met, including good faith attempts to negotiate mutually acceptable changes to the contract and serious hardship in restructuring without the disclaimer. Believing that this approach would enhance fairness, predictability and effectiveness, the Committee recommends that:

... the Committee supports the concept of permitting disclaimer of all executory contracts, since we believe that the flexibility to take this action increases the probability of successful reorganization and thereby – in some sense – a fresh, if not fresher, start for the business.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to permit disclaimer of executory contracts in existence on the date of commencement of proceedings under the Acts. This disclaimer should apply to all executory contracts, provided a number of conditions are met. In particular: the debtor should be obliged to establish inability or serious hardship in restructuring the enterprise without the disclaimer; the co-contracting party should be permitted to file a claim in damages in the restructuring; and, where a collective agreement is being disclaimed, the debtor should also have the burden of establishing that post-filing negotiations have been carried on, in good faith, for relief of too onerous aspects of the collective agreement and should establish in Court that the disclaimer is necessary in order to allow for a viable restructuring.

Moreover, the Committee is of the view that trustees, Court-appointed receivers and monitors should be able to assign executory contracts where doing so would enhance the value of the assets and, thereby, moneys available for

distribution to creditors. We recognize that while this circumstance would not permit the co-contracting party to choose its commercial partner, we feel that if the co-contracting party is no worse off financially, it would suffer no prejudice. As well, efficiency and effectiveness – two principles that we believe should characterize our insolvency system – would be enhanced. From this perspective, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to permit trustees, Court-appointed receivers and monitors, if authorized by judgment, to assign executory contracts when appropriate, in connection with going concern transactions and on a liquidation basis, provided that two conditions are met: the proposed assignee is at least as credit worthy as the debtor was at the time the contract was entered into; and the proposed assignee agrees to compensate the other party for pecuniary loss resulting from the default by the debtor or give adequate assurance of prompt compensation.

K. Workers' Compensation Board Premiums

Based on a system that originated in Germany in 1884, workers' compensation is a form of insurance designed to help employees who are injured on the job or who are affected by industrial disease to receive compensation and, ideally, return to work. In essence, it represents a compromise between employers and employees; with enactment of legislation across Canada, workers gave up the right to sue their employers for injuries at work and employers agreed to contribute to a fund that finances benefits for work-related injuries and illnesses, regardless of fault.

Across Canada, workers' compensation systems generally ensure that injured workers receive: first-aid treatment on the job or at the nearest local treatment facility; benefits while recuperating from injuries; proper treatment for injuries; and, if needed, rehabilitation to help the employee return to his or her job, or to a modified job if required by the circumstances.

Prior to 1997, the BIA provided that claims of Workers' Compensation Boards were granted a priority over claims of unsecured creditors; this priority ended, however, with respect to bankruptcies occurring after 1997.

Prior to 1997, the BIA provided that claims of Workers' Compensation Boards were granted a priority over claims of unsecured creditors; this priority ended, however, with respect to bankruptcies occurring after 1997. Since that time, these claims have only been secured if a security interest was registered, or otherwise obtained, in the same manner as is available to persons other than the Crown or a workers' compensation body. As a result Workers' Compensation Board claims have, generally, been treated as unsecured claims since 1997.

The Association of Workers' Compensation Boards of Canada spoke to the Committee about the important role played by workers' compensation as "an essential component of an integrated fabric of social and economic support that is fundamental to our society." As a program of wage replacement and services, in 2001 about 374,000 Canadian workers and their families received a range of benefits from workers' compensation, including wage replacement, health care, rehabilitation services and family fatality benefits; the cost of these benefits totalled $6 billion.

The Committee was told that, prior to recent amendments to the BIA, Workers' Compensation Board premiums were considered to be deemed trusts. We were informed that, since 1996, the removal of this status has resulted in an estimated $175 million loss for Workers' Compensation Boards as workers' compensation premium claims are now treated as unsecured commercial debts. Moreover, we were told that the loss, in turn, has compromised the benefits and services that would otherwise be available to injured workers and their families. In the view of the Association, this reduced status neglects the role historically played by workers' compensation as a "public insurance program supporting the economic and social needs of injured workers and their families." In its opinion, this role differs fundamentally from that played by commercial creditors.

Consequently, the Association recommended that the *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to recognize Workers' Compensation Board premiums as deemed trusts, which would give them the same secured creditor priority as the Canada/Quebec Pension Plan and employment insurance premiums over lending institutions and other secured creditors. In its opinion, allowing Workers' Compensation Boards to recoup their claims in bankruptcy would affect credit costs in Canada negligibly.

The result of this change would be that, in a bankruptcy, Workers' Compensation Board claims would be superior to those in favour of a bank or other lending institution in all jurisdictions. The Association informed the Committee that this treatment would have several advantages. First, it would "[e]nsure the primacy and sustainability of [the] social-economic safety net." Workers' compensation, along with employment insurance and the Canada/Quebec Pension Plan, is "fundamental to Canadian society ... [and] must be protected from revenue loss as a result of employer bankruptcy." It is a key component of the nation's social safety net and "should be recognized as a secured creditor serving the public interest rather than as another commercial creditor."

Second, while provincial/territorial legislation gives workers' compensation assessments/premiums priority in bankruptcy, the BIA does not do so and thereby "creates two different systems for distributing the debtor's assets, depending on whether or not there is formal bankruptcy;" from this perspective, amending the BIA to provide for this priority would contribute to legislative consistency across jurisdictions and support "certainty in commercial relations."

Third, priority status for workers' compensation assessments/premiums would contribute to "the fair distribution of [a] debtor's assets" since the Canada/Quebec Pension Plan, employment insurance and workers' compensation would be "equal as income security and trusts."

Fourth, returning the treatment of workers' compensation assessments/premiums in bankruptcy to their pre-1997 status would promote the "economic sustainability of workers' compensation." This sustainability is important, in the Association's view, since affordable premiums are important to help businesses constrain their labour costs and thereby enhance their competitiveness; affordability also makes Canada a more attractive country within which to invest. According to the Association, the current inability of Workers' Compensation Boards to recover moneys from insolvent companies indirectly means that premium-paying employers are paying for the bankruptcies. As well, "[u]npaid premiums result in additional costs for paying employers" as premiums rise.

[The Committee was informed that] Workers' Compensation Boards must recognize the claim of an injured worker regardless of his or her employer's payment of assessments/premiums, and they are unable to refuse insurance to workplaces or employers that may have significant liabilities or that may default on assessments/premiums.

Finally, in the Association's opinion, priority status for workers' compensation assessments/premiums would ensure that the proper parties bear responsibility for bad credit decisions. The Association believes that the "BIA places the burden of failed business loans on workers' compensation, not the lenders where it belongs." As a legislated program, workers' compensation is not able to choose its customer or limit its risk; Workers' Compensation Boards must recognize the claim of an injured worker regardless of his or her employer's payment of assessments/premiums, and they are unable to refuse insurance to workplaces or employers that

may have significant liabilities or that may default on assessments/premiums. The Association believed that banks and lending institutions, on the other hand, select their clients to manage their risk.

The Association also told the Committee that one of the goals of the BIA is not being realized with the current system. It said that "[o]ne of the goals of the BIA is the fair distribution of debtor's assets among the creditors. However, in reality, the current scheme is not fair to workers, employers and workers' compensation boards and commissions because it allows lenders to use the BIA to obtain the assets of bankruptcy thereby defeating the interests of workers, employers and workers' compensation."

In recognition of workers' compensation as an element of our social safety net, it argued that "[a]s a matter of public policy, workers' compensation should not be penalized or placed at a disadvantage in a bankruptcy proceeding. The financial stability of workers' compensation ... should not be put at risk. Nor should the capacity of workers' compensation boards and commissions to meet commitments be weakened because of difficulties in recovering unpaid premiums."

The Committee was informed that, in turn, the ability of Workers' Compensation Boards to deliver benefits would be increased and workers' compensation would have the same treatment as employment insurance and the Canada/Quebec Pension Plan, which – according to the Association – likewise offer wage protection. Re-establishing this priority would reduce the extent to which Workers' Compensation Board revenues are lost to chartered banks in the event of bankruptcy.

While the Committee agrees that workers' compensation is a key component of a system designed to assist workers and their families in the event of job-related illness or injury, we are unable to support the recommendation of the Association of Workers' Compensation Boards of

Canada. In our view, the situation that existed before 1997 whereby priority over unsecured claims was granted to claims of all Workers' Compensation Boards should be reinstated. Moreover, we note that a recommendation made by us elsewhere in the report would, if adopted, import the priorities contained in the BIA into the CCAA; this change would give Workers' Compensation Board premium claims the same treatment under CCAA proceedings as under BIA proceedings. From this perspective, the Committee recommends that:

... we note that a recommendation made by us elsewhere in the report would, if adopted, import the priorities contained in the BIA into the CCAA ...

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to return the treatment of Workers' Compensation Board premiums to that which existed prior to 1997.

L. Interim Receivers

Under the BIA, receivers are appointed to liquidate a debtor's assets for the benefit of secured creditors. To an increasing extent, interim receivers are being used for that purpose. There are concerns about the extent of an interim receiver's powers, the jurisdictional basis for the scope of the orders made and the impact on the rights of affected third parties in the absence of the Court determining the need for such liquidations prior to judgment.

Before 1992, the interim receiver's role was to be a "temporary watchdog" of the debtor's property, and he or she was appointed to protect the estate or the interest of creditors pending the granting of a receiving order.

Before 1992, the interim receiver's role was to be a "temporary watchdog" of the debtor's property, and he or she was appointed to protect the estate or the interest of creditors pending the granting of a receiving order. In some jurisdictions, however, interim receivership is now being used in a manner that permits the interim receiver to take possession of the debtor's assets, operate its business and, in some cases, sell assets and distribute the proceeds to secured creditors before judgment. Consequently, at times, the powers of the interim receiver closely resemble those of a trustee or Court-appointed receiver; the interim receiver has not, however, been bound by the duties and responsibilities of a trustee or receiver.

The Canadian Bar Association argued that the expanded role of some interim receivers fails to protect the debtor, ordinary creditors or affected third parties. In its view, the interim receiver's role must be more clearly defined. Moreover, the Association believed that if interim receivers play a role analogous to that of Court-appointed receivers, they should be subject to the same obligations and requirements; where their roles are the same, the definition of "receiver" should be amended to include, specifically, "interim receivers."

The Committee believes that the role of interim receivers has evolved over time, and that clarity is needed

about what should be their role, duties and responsibilities. In our view, "interim" should mean exactly that, and if a broadened or extended role is needed – or desired – then legislative change should occur in order to reflect this fact. It is, in essence, a matter of fairness and predictability, since interim receivers who act in a capacity similar to trustees or Court-appointed receivers should have not only the same powers, but also the same duties and responsibilities. Consequently, the Committee recommends that:

In our view, "interim" should mean exactly that, and if a broadened or extended role is needed – or desired – then legislative change should occur in order to reflect this fact.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to clarify the role of the interim receiver, and the duration and meaning of the term "interim." As well, the definition of "receiver" should be amended to include interim receivers when they operate in a manner similar to Court-appointed receivers.

M. Going Concern and Asset Sales

During a reorganization, an insolvent company may benefit from an opportunity to sell part of its business in order to generate capital, avoid further diminution in value and/or focus better on the financially solvent aspects of its operations.

During a reorganization, an insolvent company may benefit from an opportunity to sell part of its business in order to generate capital, avoid further diminution in value and/or focus better on the financially solvent aspects of its operations. In some situations, a win-win situation would be created: insolvent companies would be able to increase their chance of survival as they gain capital and focus on their solvent operations, and creditors would avoid further reductions in the value of their claims. These sales would occur outside the normal course of the organization's business. In some cases, the best situation for stakeholders might involve the sale of the business in its entirety.

At present, the Court exercises its inherent jurisdiction in approving these asset sales. It does so, however, without any legislative guidance about when and how such sales should occur.

The Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform told the Committee that "[i]n practice, successful restructurings usually require much more than simply obtaining financial concessions from existing creditors. They usually involve an operational restructuring of the business as well as a financial restructuring. … The debtor may need to sell or shut down parts of its business, either to generate new capital or to withdraw from the financially unhealthy parts of its business in order to save the financially sound parts. … In some situations, the economic and social objectives of the insolvency system can be better achieved through a sale of the debtor's business as a going concern to a new owner, rather than through the restructuring of the legal entity that is the current owner."

The Joint Task Force provided the Committee with a non-exhaustive list of guidelines that it believed would give the Court "substantive direction" regarding factors to consider in deciding whether to approve a sale of assets – in whole or in part – on a going concern basis during a CCAA proceeding.

In particular, it suggested that the Court might assess whether the sales process has been conducted:

> "(a) in a fair and reasonable manner;
>
> (b) by an insolvency administrator;
>
> (c) by a credible, independent chief restructuring officer reporting to a credible, independent restructuring committee of the board of directors either with or without supervision of the court; and/or
>
> (d) in consultation with major creditors."

When the debtor – instead of being reorganized under the CCAA – has made a proposal under the BIA, the Joint Task Force indicated that there may not be a restructuring officer or a restructuring committee. In that case, input should be sought and obtained from major creditors, as is envisaged with respect to reorganizations under the CCAA, but with greater emphasis on their views.

The Committee was also informed about "quick flips," which involve shareholders, directors or other senior officers of the company becoming involved in a sale of assets where they have a significant financial interest in the purchaser of the assets or in the sales transaction. The Joint Task Force noted that, in some cases, a sale of this nature may be beneficial since it may maximize realizable value for creditors. It believed, however, that such sales should only be permitted in "exceptional circumstances" unless "there was a proper sales process either subject to court supervision or conducted by persons acting independently of such persons."

The Committee also believes that there are circumstances where all stakeholders would benefit from an opportunity for an insolvent company involved in reorganization to divest itself of all or part of its assets, whether to raise capital, eliminate further loss for creditors or focus on the solvent operations of the business. We feel, however, that the Court must be involved in approving such sales and that it should be provided with some guidance

regarding minimum requirements to be met during the sale process. Finally, in our view, asset sales to shareholders, directors, officers or senior management – whether in whole or in part – should only occur in exceptional circumstances, which would include situations where it can be shown that such a sale would benefit creditors. Believing that such sales would contribute to greater fairness and efficiency, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to permit the debtor, subject to prior approval of the Court, to sell part or all of its assets out of the ordinary course of business, during reorganization and without complying with bulk sales legislation. Similarly, the debtor should be permitted to sell all or substantially all of its assets on a going concern basis. On an application for permission to sell, the Court should take into consideration whether the sales process was conducted in a fair and reasonable manner, and whether major creditors were given reasonable notice, in the circumstances, of the proposed sale and had input into the decision to sell. No such sale to controlling shareholders, directors, officers or senior management of the debtor having a significant financial interest in the purchaser or in the sales transaction should be permitted, other than in exceptional circumstances.

N. Governance

In insolvency proceedings, especially CCAA reorganizations and BIA proposals, all persons to whom power and authority have been given should act in good faith, competently and without conflict of interest. They should also diligently and conscientiously perform any responsibilities they may have been given. In essence, good governance must prevail. To some extent, good governance is assured through the obligations placed on insolvency practitioners appointed or approved by the Court, including trustees, receivers and monitors. As well, it is enhanced when practitioners are licensed, and when all stakeholders act transparently.

In insolvency proceedings, especially CCAA reorganizations and BIA proposals, all persons to whom power and authority have been given should act in good faith, competently and without conflict of interest.

The Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform informed the Committee that "there is [a] need to give statutory recognition to the importance of proper governance of financially troubled businesses." It also noted that "[m]anaging the affairs of an insolvent debtor often involves balancing the conflicting interests of parties with claims of different value and priority in the face of considerable uncertainty about the values of the business and assets of the debtor." It believed that "there are certain situations … where the court should have the ability to alter the debtor's management, including by replacing some or all of the existing directors or by appointing a qualified party with some degree of authority to manage the debtor's operations."

Independence of insolvency practitioners was supported by the Canadian Bar Association, which recommended that "a general standard of independence of insolvency representatives be adopted."

The Committee has long had an interest in good governance, and has issued a number of reports addressing the principles of good governance, including our 1996 report *Corporate Governance* and our June 2003 report *Navigating through "The Perfect Storm": Safeguards to Restore Investor Confidence.* In the current context, we believe that all officers of the Court involved in proceedings under the BIA and/or the CCAA

... proper governance of the organization involved in the restructuring is required, and the organization's directors must positively assist in the restructuring efforts; ...

should act in a manner characterized by good faith, competent execution of their duties and freedom from real or perceived conflicts of interest; disclosure of any circumstances that could be construed as a conflict of interest must occur. Behaviour consistent with such a standard will ensure the fairness, predictability and transparency we seek and will instil, in domestic and foreign stakeholders, confidence that our insolvency system has integrity. Moreover, proper governance of the organization involved in the restructuring is required, and the organization's directors must positively assist in the restructuring efforts; if they do not, they should be replaced and a proper governance structure implemented. For these reasons, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to permit the Court to replace some or all of the debtor's directors during proposals or reorganizations if the governance structure is impairing the process of developing and implementing a going concern solution. Moreover, prior to appointment, a trustee/monitor should disclose, to the Court, any business and legal relationships it has or has had with the debtor. The auditor or recent former auditor of the debtor should not be permitted to be the monitor. Furthermore, the monitor should not be permitted, in the event of a failed restructuring, to become the trustee or a receiver for a secured creditor.

O. Plan Approvals

In general, reliance upon "majority rule" as a voting mechanism can be problematic, since this rule can be abused by related parties or by parties who derive collateral benefits from the decisions of the group. In recognition of this potential problem, the BIA and the CCAA give the Court discretion to refuse to approve a restructuring plan or proposal even if it has received approval by a majority of the creditors. The Acts, however, provide very limited guidance about the manner in which the Court is to exercise that discretion.

While the BIA provides guidance on procedures to follow in order to secure approval of a restructuring plan, virtually no guidance in this regard is provided in the CCAA.

The Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform informed the Committee that the BIA's provision regarding the vote of a creditor who is related to the debtor should be extended to the CCAA, and that minority creditors should be protected through a requirement "under both the BIA and the CCAA that … dissenting minority creditors will not be prejudiced by the reorganization plan as compared to a liquidation."

As a matter of fairness and predictability, and recognizing the potential for abuse of majority voting mechanisms, the Committee believes that the Court should continue to have discretion, under both the BIA and the CCAA, to not approve a restructuring plan even where the plan has the support of the majority of voting creditors. To assist the Court in determining whether it should exercise this discretion, we feel it would be useful to require the trustee or monitor to provide his or her opinion about whether dissenting creditors are likely to receive less under the plan than they would receive in a liquidation. We also feel that, in some cases, the prospect of successful reorganization is enhanced where the equity of the organization is reorganized.

… the Committee believes that the Court should continue to have discretion, under both the BIA and the CCAA, to not approve a restructuring plan even where the plan has the support of the majority of voting creditors.

At this time ... neither Act gives the Court the authority to reorganize share capital.

At this time, however, neither Act gives the Court the authority to reorganize share capital. In our view, this inability limits effectiveness. We believe that the Court should have this ability, and should be able to exercise its authority to reorganize share capital, with or without consent of shareholders, who could veto an arrangement to the detriment of creditors. For these reasons, and to enhance fairness, predictability and effectiveness, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to require a trustee/monitor to provide, in connection with a request for Court approval of a reorganization plan, an opinion that, as a group, each of secured creditors and unsecured creditors are likely to receive no less under the plan than it would receive in a liquidation. Moreover, Section 54(3) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* regarding related parties should be incorporated in the *Companies' Creditors Arrangement Act*. Finally, the Acts should be amended to provide the Court approving a reorganization plan with the power to approve a restructuring of the equity of the debtor, with or without shareholder approval.

P. Priorities

The BIA creates a priority scheme for the distribution of the proceeds of realization of the debtor's assets. This scheme, which implicitly recognizes that situations of insolvency – by definition – involve insufficient realizable assets to satisfy all claims, provides that – subject to the claims of secured creditors – certain other groups of creditors, such as employees, municipalities and landlords, have priority over other unsecured creditors in the distribution of the proceeds of realizations of the debtor's assets, subject to certain limitations.

... situations of insolvency – by definition – involve insufficient realizable assets to satisfy all claims ...

The priority scheme in the BIA does not apply to CCAA proceedings or to receiverships. Moreover, provincial/territorial legislation has created statutory security interests and deemed trusts that give some claims priority over those of even secured creditors and, in any event, priority over the claims of unsecured creditors. The priority accorded Crown claims applies in the case of BIA proceedings but does not apply to CCAA proceedings or receiverships.

On the issue of differences in priorities, the Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform commented that "[t]here is no justification for these discrepancies." It advocated the application of BIA priority rules in BIA and CCAA proceedings and in receiverships, suggesting that "[c]reditors' relative entitlements should not vary depending on the nature of the proceedings."

From the perspective of fairness, the Committee too believes that the same priority rules should govern the distribution of the proceeds of realization of the debtor's assets, regardless of the insolvency legislation under which proceedings are occurring. For this reason, the Committee recommends that:

The *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to incorporate the priority rules in the *Bankruptcy and Insolvency Act.*

Q. Insolvency of Other Vehicles

As a risk management tool, business – or income – trusts may be used as financing vehicles.

As a risk management tool, business – or income – trusts may be used as financing vehicles. In fact, it has been estimated that 86% of initial public offerings in Canada in 2002 were offerings of units in income trusts. In 2003, more than 100 income trusts, with more than $45 billion in market capitalization, were listed on the Toronto Stock Exchange.

At a simplistic level, a trust sells units to the public and invests in a business; the unitholders are the beneficiaries of the trust, and the trustees hold all or part of the equity interests in the business; most of the funds are advanced to the business in the form of a loan. The terms of the loan frequently provide that the before-interest-expense income of the business will be distributed to the trustees as interest, thereby reducing the taxable income of the business. In turn, the trustees distribute the moneys received to the unitholders, and the moneys are then taxed as income. From the perspective of the holder, holding a unit in an income trust is conceptually similar to holding a share in a corporation.

In the view of the Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform, the BIA should be amended to clarify that trusts used as financing vehicles can be liquidated under the BIA, but they cannot be reorganized.

Mr. Bruce Leonard told the Committee that "[t]he problem with income trusts from a bankruptcy or reorganizational point of view is that their structure is such that it is not clear that they are covered or dealt with under either … the BIA or the CCAA. My suggestion … would be to have both [Acts] amended so that these vehicles, which are becoming so important commercially in Canada, … would be able to reorganize in the same fashion as ordinary corporations [should they fall into financial difficulty] … . I would use the definition of 'commercial trust' meaning a trust in which interests are acquired for consideration so that it is clear that it is a commercial transaction, not a family or a charitable transaction."

The Committee is aware that business trusts are increasingly popular and are being used to finance a wide range of business undertakings, including real estate, utilities, transportation, ice manufacturing, cheque printing, customs brokerage, seafood processing and natural resources. Clearly, they are becoming a tool in which investors have confidence, which is particularly important in times such as these when North America has witnessed a number of corporate scandals. Since these trusts are not accumulating retained earnings and are not re-investing in capital equipment, they are perhaps relatively more vulnerable to financial downturns. Trusts, however, are neither persons nor corporations, and consequently are not covered by either the BIA or the CCAA. We believe that, given their structure and importance as a financing mechanism for companies, they should be addressed within insolvency legislation.

We believe that, given their structure and importance as a financing mechanism for companies, [business trusts] should be addressed within insolvency legislation.

Although the Joint Task Force limited its recommendations to allowing trusts to be liquidated under the BIA, the Committee believes that circumstances could arise in which reorganization of a trust under either the BIA or the CCAA, rather than its liquidation, would be beneficial. For these reasons, and to recognize the contribution made by business trusts to the efficient operation of Canadian businesses, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to provide for the liquidation or the reorganization of a business trust.

R. Income Tax

In certain situations, insolvent debtors are able to convert debt into "distress preferred shares," which are accorded special treatment under the *Income Tax Act* but are relatively costly to create. In particular, revenue received by the holder in respect of such shares is given favourable tax treatment, since it is treated as dividend income rather than as interest income. This treatment provides a relatively low cost means of financing a restructuring.

At present, the conversion of debt into equity can lead to debt forgiveness in certain circumstances, and the financial implications of debt forgiveness rules can effectively hinder reorganization.

At present, the conversion of debt into equity can lead to debt forgiveness in certain circumstances, and the financial implications of debt forgiveness rules can effectively hinder reorganization. Consequently, an insolvent debtor could sell assets rather than reorganize. Moreover, proposed distress preferred share holders frequently require a favourable tax ruling before accepting this treatment and the delays in obtaining such rules are inconsistent with the speed required in reorganizations.

The Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform proposed to the Committee that "a creditor and an insolvent debtor [be allowed] to elect to treat a loan as if distress preferred shares had been issued." Such a change, it argued, is "aimed at both fairness and efficiency in complying with current tax policy ... and [would] not require any change in tax policy ... [or the *Income Tax Act*] requirements for qualifying for the tax benefit of distress preferred shares. Rather, the election is aimed at making use of distress preferred shares more accessible .... Instead of requiring an elaborate set of ... transactions in order to convert the debt into distress preferred shares, parties could simply file a notice of election." Consequently, costs would be reduced, as would the time taken to make decisions and rulings; accessibility to this means of financing a restructuring would be enhanced.

The Joint Task Force also suggested that "tax policy should be neutral as between a choice of the debtor company restructured or a new corporation acquiring the business

assets, and thus the same tax treatment should be available in either situation." In its view, the debtor should be permitted to elect fresh start accounting for tax purposes as if it were a new taxpayer from the point in time when the restructuring plan is approved and effective.

The Committee feels that the costs of restructuring should be minimized, to the extent reasonably possible, in order to provide insolvent companies with an incentive to reorganize rather than become bankrupt, should that be in the best interest of stakeholders. We feel that allowing an election that would permit a loan to be treated as distress preferred shares would promote efficiency in the insolvency system. Moreover, in our view, fairness and efficiency would be enhanced if the debtor, on consummation of a plan of arrangement, is allowed to use fresh start accounting for tax purposes. Both of these changes would, we believe, lead to reorganization rather than bankruptcy, where preferable for stakeholders. For these reasons, the Committee recommends that:

The Committee feels that the costs of restructuring should be minimized, to the extent reasonably possible, in order to provide insolvent companies with an incentive to reorganize rather than become bankrupt, should that be in the best interest of stakeholders.

The *Income Tax Act* be amended to provide that distress preferred share treatment for tax purposes be afforded to qualifying debt, for a specified period of time, by filing a notice of election with the Canada Customs and Revenue Agency. Moreover, on the consummation of a plan of arrangement, a debtor should be able to elect to use fresh start accounting for tax purposes, with tax obligations relating to the period prior to the date of bankruptcy addressed as pre-filing claims.

S. Subordination of Equity Claims

Insolvency legislation in the United States has created the concept of "subordination of equity claims." Equity claims are those claims that are not based on the supply of goods, services or credit to a corporation, but rather are based on some wrongful or allegedly wrongful act committed by the issuer of an instrument reflecting equity in the capital of a corporation. Conceptually, this type of claim relates more to the loss of a claimant who holds shares or other equity instruments issued by a corporation, rather than the claims of traditional suppliers. In American legislation, such claims are subordinated to the claims of traditional suppliers.

Canadian insolvency law does not subordinate shareholder or equity damage claims.

Canadian insolvency law does not subordinate shareholder or equity damage claims. It is thought that this treatment has led some Canadian companies to reorganize in the United States rather than in Canada.

Mr. Kent, for example, told the Committee that "[i]f [a shareholders' rights claims by people who say that they have been lied to through the public markets] is filed in Canada, there is no facility in place to deal with it. They have no choice but to file in the U.S. where there is a vehicle to deal with these claims in a sensible, fair and reasonable way. In Canada, we have no mechanism. Thus, you end up with situations where it becomes difficult to reorganize a Canadian enterprise under Canadian law because our laws do not generally deal with shareholder claims."

He also indicated, however, that shareholder claims may be addressed within specific corporate statutes. Mr. Kent mentioned, in particular, the *Canada Business Corporations Act* and some provincial/territorial statutes, and shared his view that "[i]t becomes a lottery, depending on where the corporation is organized, whether there is a vehicle for dealing with some of these claims or there may not be. It is a hodgepodge system."

The Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform shared with the Committee a proposal that all claims arising under or relating to an instrument that is in the form of equity are to be treated as equity claims. Consequently, "all [equity] claims against a debtor in an insolvency proceeding … including claims for payment of dividends, redemption or retraction or repurchase or shares, and damages (including securities fraud claims) are to be treated as equity claims subordinate to all other secured and unsecured claims against the debtor … ." It also proposed that these claims could be extinguished, at the discretion of the Court, in connection with the approval of a reorganization plan.

In view of recent corporate scandals in North America, the Committee believes that the issue of equity claims must be addressed in insolvency legislation. In our view, the law must recognize the facts in insolvency proceedings: since holders of equity have necessarily accepted – through their acceptance of equity rather than debt – that their claims will have a lower priority than claims for debt, they must step aside in a bankruptcy proceeding. Consequently, their claims should be afforded lower ranking than secured and unsecured creditors, and the law – in the interests of fairness and predictability – should reflect both this lower priority for holders of equity and the notion that they will not participate in a restructuring or recover anything until all other creditors have been paid in full. From this perspective, the Committee recommends that:

In view of recent corporate scandals in North America, the Committee believes that the issue of equity claims must be addressed in insolvency legislation.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide that the claim of a seller or purchaser of equity securities, seeking damages or rescission in connection with the transaction, be subordinated to the claims of ordinary creditors. Moreover, these claims should not participate in the proceeds of a restructuring or bankruptcy until other creditors of the debtor have been paid in full.

T. Administrative Tribunals and Stays of Proceedings

At present, the CCAA gives provincial/ territorial Superior Courts the power to stay "an action, suit, or proceeding brought against the company" when an insolvent company becomes subject to a CCAA order.

At present, the CCAA gives provincial/territorial Superior Courts the power to stay "an action, suit, or proceeding brought against the company" when an insolvent company becomes subject to a CCAA order. Consequently, some Courts have issued stay of proceedings orders with respect to administrative tribunals. Administrative tribunals are used to resolve disputes in the areas of labour relations, human rights, the environment, energy, transportation, communication, securities and justice, among others.

Although the Ontario Securities Commission presented testimony to the Committee, most of our witnesses focussed on administrative tribunals in one area only: labour relations. The CAW-Canada shared with the Committee its view that "the word 'or' … must be interpreted in the context of the words 'action' and 'suit,' which both refer to judicial proceedings. The common feature of the words 'action,' 'suit' and 'proceeding' is that they are judicial proceedings. The term 'proceeding' … was not intended to include extra judicial (that is non-court) proceedings such as grievance/arbitration matters, health and safety complaints before labour boards, or human rights complaints filed with human rights commissions. Regrettably, several courts … have issued wide ranging stay orders, covering administrative tribunals …, which have only an incidental impact on the financial or business affairs of an insolvent company."

The union argued that "[i]t is important to discern what the purpose of a stay order is: it is to preserve the status quo between creditors in the company by preventing any maneuvers for positioning among creditors during the interim stay period which would give an aggressive creditor an advantage to the prejudice of others, …, and would further undermine the financial position of the company, making it less likely that the eventual 'arrangement' would succeed. … If a broad stay order suspending the prosecution of employment rights disputes is issued in favour of an insolvent corporation

... then the CCAA has been used to place the insolvent company in a better position than it was before the statute was triggered. ... [T]he statute is designed to preserve the status quo, not put the insolvent corporation in a better position, and fundamentally above the law."

In the view of the CAW-Canada, the CCAA should be clarified in order to exempt, from the application of a stay of proceedings, all employment-related proceedings brought before non-judicial administrative tribunals. It told the Committee that "a working grievance and arbitration process is critical if day to day issues in the workplace are to be resolved with a minimum of disruption. ... Grievances routinely deal with both monetary and non-monetary matters, including, for example, health and safety issues, sexual harassment complaints, discrimination complaints, and providing remedies for employees who have been wrongfully disciplined, or whose employment [has] been wrongfully terminated. ... [T]he remedies afforded by the grievance and arbitration process are not in the nature of a pre-filing debt or liability which can be compromised under the CCAA." It believed that there is no justification for eliminating recourse to the grievance arbitration process while employees continue to work for a company undergoing reorganization.

In the Committee's view, administrative tribunals decide a number of issues that are important to Canadians. While employees themselves are probably the main beneficiaries of decisions in certain labour relations matters, society benefits – in a broad sense – from the existence of human rights tribunals to safeguard the protection from discrimination that our nation desires. Moreover, administrative tribunals decide issues in a number of other areas that have a public interest component, including disputes related to the environment, justice and securities, among others. We generally believe that a stay of proceedings granted under the CCAA should not apply to the activities of administrative tribunals, since many of their decisions are made in areas that clearly fall within the public interest.

We believe that a stay of proceedings granted under the CCAA should not apply to the activities of administrative tribunals, since many of their decisions are made in areas that clearly fall within the public interest.

The Court and commentators have justified staying proceedings of administrative tribunals by asserting that the

energy and attention of the directors and senior management of companies undergoing reorganization should be devoted – virtually entirely – to the reorganization, and not diverted or distracted by the requirement to deal with administrative proceedings. As is the case in some other areas, however, an appropriate balance must be sought between the fundamental importance of a broad range of administrative proceedings in our current environment and the need to focus the attention of directors and senior management on a successful reorganization.

... an appropriate balance must be sought between the fundamental importance of a broad range of administrative proceedings in our current environment and the need to focus the attention of directors and senior management on a successful reorganization.

While allowing administrative tribunal activities to continue would support the fundamental principles of fairness and predictability that we are seeking in our insolvency system, we feel that directors and senior management of corporations in reorganization procedures must remain focused on the goal of a successful reorganization. Consequently, the Committee recommends that:

The *Companies' Creditors Arrangement Act* be amended to exempt, from the application of stays of proceedings and subject to Court discretion, all proceedings brought before non-judicial administrative tribunals. The exemption should be granted where two conditions are met: the exemption is needed for the protection of third parties; and the exemption does not subject directors or senior management to undue pressure and loss of time.

CHAPTER SIX:
THE SENATE COMMITTEE'S EVIDENCE AND RECOMMENDATIONS ON ADMINISTRATIVE AND PROCEDURAL ISSUES

A. Volume of Filings, Access to the Process and Funding of the Office of the Superintendent of Bankruptcy

The *Bankruptcy and Insolvency Act* gives the Office of the Superintendent of Bankruptcy (OSB) several responsibilities. The Office: supervises the administration of bankruptcy estates, business reorganizations, consumer proposals and receiverships under the Act; keeps records of insolvency proceedings that occur under the Act; records and investigates complaints by creditors, debtors and the general public; and licenses and oversees the trustees who administer bankruptcy estates under the Act.

Since becoming a Special Operating Agency in 1997, the OSB has depended exclusively on income generated by its operations to fulfill its statutory mandate. Adopting a user-pay principle, a variety of fees exist: filing fees; levies on dividends payable to creditors; licence fees; and fees for searching the public record. Although the OSB does not use the funds, the Superintendent administers an account for unclaimed dividends and undistributed funds. In August 2003, there was about $9.3 million in the fund.

Although the OSB does not use the funds, the Superintendent administers an account for unclaimed dividends and undistributed funds.

The OSB's responsibilities and powers were increased by the 1992 and 1997 amendments to the BIA. These responsibilities, together with the increase in commercial and consumer bankruptcies over time and the increased complexity of cases, have generated comments on the need for more resources for the OSB.

A focus on prevention raises the question of how programs and initiatives should be funded.

Moreover, there has been speculation about the role that enhanced education and preventive approaches to insolvency might play in reducing financial difficulties, and thereby insolvency, among individuals and businesses. To be effective, education and prevention measures must be offered at the correct time and in the correct manner. A focus on prevention raises the question of how programs and initiatives should be funded. In addition, it is important to encourage studies and research, predominantly but not exclusively, by academics. In the past, the OSB has benefited significantly from such research, but there are insufficient funds to research broader subjects, such as credit granting practices in Canada and other issues that would help Parliament to determine the direction and scope of future amendments to Canadian insolvency legislation.

The OSB plays no supervisory or administrative role with respect to the *Companies' Creditors Arrangement Act*, any records that exist about the growing number of proceedings under the Act are resident with the Court in which the cases were commenced. It is perhaps for this reason that limited data exists about activities under the Act. Consequently, it is virtually impossible to assess meaningfully the effectiveness of proceedings under the CCAA, the frequency with which companies initiate procedures under the Act, the characteristics of these companies, and the consequences of the Act and its operations for Canadian companies and the Canadian economy.

The inability to carry out an assessment of the operations and effectiveness of proceedings under the CCAA might have particularly serious consequences, since many of Canada's large businesses that experience financial difficulties pursue options under the CCAA. Moreover, the absence of supervisory oversight and lack of data may undermine the trust of lenders and investors, with potentially negative implications for the economy.

Witnesses commented on a wide range of issues, including the current role of the OSB and how it should be

expanded, access to the process supervised by the OSB, funding concerns related to the Office, the lack of CCAA-related data and other information because of the absence of supervisory oversight, and the importance of research and preventive measures.

A number of witnesses shared with the Committee their views on how the role of the Office of the Superintendent of Bankruptcy should be expanded. The Union des consommateurs, for example, recommended that the Office establish a procedure that would require trustees to "standardize the information to be given … to debtors" and that it organize or contribute to "outreach campaigns on credit, debt overload and their consequences." The group also identified the need for a practical "how to" manual for debtors – containing information on their responsibilities and those of the trustee, as well as on procedural issues – written in a manner that is easily understood by users, without excessive use of specialized terminology.

Others, including a number of professors of law represented by Professors Ziegel and Telfer, identified the need for research to enable policy makers and stakeholders to make informed decisions about how the existing system works and the likely impact of various policy options; they envisioned the Office playing a role regarding research. In particular, they recommended: the establishment of an annual budget for insolvency research purposes; the establishment of an advisory committee to advise Industry Canada and the Office of the Superintendent of Bankruptcy on research projects to be initiated during the year; public announcements about these initiatives to promote visibility and transparency; and greater collection of insolvency data, especially about consumer insolvencies and reorganizations under the CCAA.

… the need for research to enable policy makers and stakeholders to make informed decisions about how the existing system works and the likely impact of various policy options …

Professors Ziegel and Telfer also advocated an expanded role for the OSB when they recommended that it have record keeping and administrative functions with respect to the CCAA. To help finance expenses associated with these functions, they believed that CCAA estates should be required to contribute a "modest" levy. Moreover, they felt that the

Superintendent of Bankruptcy should have a role in "CCAA hearings where important constituencies are not represented or major issues of public policy or interpretation of the legislation are at issue." As examples of the latter, Professors Ziegel and Telfer mentioned: whether a CCAA Court has the power to oblige the debtor and its unions to reopen collective agreements, whether the Court can excuse a debtor from remitting collections held in trust for another party, and whether an order can be made binding third parties who are not involved in the CCAA proceedings.

Commenting on access to the bankruptcy process, Professors Ziegel and Telfer informed the Committee about the Federal Insolvency Trustee Agency (FITA), through which the federal government made low-cost bankruptcy services available via regional offices of the OSB. Although this Agency no longer exists, they believed that it was useful in enhancing access for low-income debtors.

A different view on supervision was presented to the Committee by the Canadian Bankers Association, which did not support the implementation of a supervisory regime for the CCAA without additional study. Regarding funding of the OSB, the Association told us that it would object to any increase in user fees as a means of increasing funding for the OSB's operations. It believed that "[i]ncreased costs reduce the ability of creditors to recover their funds."

In support of greater use of technology, the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada shared their view that "[f]urther opportunities need to be explored for electronic communications. Transparency and accessibility could be enhanced further by the use of electronic access to information."

The Committee believes that the Office of the Superintendent of Bankruptcy plays a key supervisory and administrative role with respect to the BIA, and provides high quality services to stakeholders despite budgetary pressures.

The Committee believes that the Office of the Superintendent of Bankruptcy plays a key supervisory and administrative role with respect to the BIA, and provides high quality services to stakeholders despite budgetary pressures. Its existence, and the actions it takes in such areas as ensuring

compliance with the legislation and safeguarding transparency, accountability and integrity, help to ensure that all Canadians, Canadian companies and foreign investors benefit from an insolvency system that is characterized by the highest level of integrity. We applaud the Superintendent and others in the Office of the Superintendent of Bankruptcy and encourage them to continue with their efforts to ensure that Canada continues to be regarded as having an insolvency system that ranks among the best in the world.

The Committee has heard the concerns about inadequate funding for the OSB and the notion that Canadian taxpayers should contribute to the funding of operations because of the benefits that the country enjoys as a consequence of the Office's compliance and supervisory efforts. Nevertheless, we support a strict application of the user-pay principle, and believe that fees must be set at a level sufficient to enable the Office to carry out its statutory duties responsibly.

The Committee believes that the greater use of technology and a streamlining of the bankruptcy process for consumers and companies will help to constrain fee increases, since further fee increases may negatively affect access to the insolvency process. In our view, the adoption of new technology must be a priority in our economy whenever it has the potential to improve efficiency, effectiveness, accessibility and equity. From this perspective, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be reviewed in order to identify opportunities that will contribute to greater efficiency within the insolvency system, including efforts regarding the adoption of new technologies.

Industry Canada's *Report on the Operation and Administration of the* Bankruptcy and Insolvency Act *and the* Companies' Creditors Arrangement Act presents the question: should the concept of universal access to bankruptcy services be redefined, with new measures to ensure access, or should

... the Committee believes that access to the bankruptcy system is increasingly compromised for low-asset, low-income debtors, although the OSB's Bankruptcy Assistance Program is useful in providing access to some debtors.

access cease to be seen as a right? Like our witnesses, the Committee believes that access to the bankruptcy system is increasingly compromised for low-asset, low-income debtors, although the OSB's Bankruptcy Assistance Program is useful in providing access to some debtors. We believe that this Program is important to help ensure the access that is a fundamental principle underlying the insolvency system we seek, and applaud those trustees who provide their time and expertise without payment.

The Committee, like a number of our witnesses, is of the opinion that research, education and prevention are critically important. We are particularly concerned about the lack of data related to the CCAA, about the lack of a research program that would help to identify the causes of bankruptcy and thus assist in the development of appropriate solutions, and about the extent to which prevention of insolvency may begin with the proper type of education delivered at the proper time.

Clearly, the current resources of the OSB do not permit it to fund initiatives in these areas, and the Committee firmly believes that fees must not be increased in order to finance this type of research, education and prevention. Instead, we believe that the account administered by the Superintendent which contains unclaimed dividends and undistributed funds should be reallocated to these uses, particularly to a research program to be directed and overseen by the OSB. At the end of August 2003, that account contained more than $9.3 million, as noted above. In our view, dividends that remain unclaimed and funds that remain undistributed after a two-year period should be allocated to research and education. In stipulating a two-year period, the Committee intends that sufficient funds should always be retained to pay claims, and does not intend that claimants should be barred from claims after two years. Under no circumstances, however, should these funds be used to finance the operations of the OSB. Research and education would hopefully assist in ensuring efficiency, effectiveness and responsibility. It is for these reasons that the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide the Superintendent of Bankruptcy with the authority to finance research and education programs from the account which contains unclaimed dividends and undistributed funds. Amounts that are unclaimed or undistributed after a two-year period should be used in this way.

B. Consolidation of Insolvency Statutes

The phrase "historical circumstances" has been used to describe why Canada has two insolvency statutes under which companies can reorganize. In 1923, reorganizations under the BIA were restricted to debtors who were actually bankrupt. The CCAA was introduced in the 1930s to assist companies that were insolvent but not bankrupt, although companies rarely used it for the next five decades.

Although amendments were made to the CCAA in 1997 to align more closely its provisions with those of the BIA, debate continues about whether these reorganization statutes should be combined, whether the status quo should prevail, or whether the CCAA should be repealed. As noted in Chapter Three, the BIA is viewed as providing a relatively predictable and consistent outcome, particularly when compared to the CCAA. The CCAA is thought, however, to give the flexibility needed in certain situations, which might be the case with larger businesses that are attempting to restructure. The financially troubled company selects the statute under which it wants to reorganize, subject to the threshold requirements of the CCAA.

Under the CCAA, the Court appoints a monitor to oversee the reorganization, and he or she files reports with the Court on the state of the insolvent company's finances. This process is analogous to what occurs with a reorganization under the BIA, where a trustee files reports with the Office of the Superintendent of Bankruptcy. The statutes do differ, however, since the Court makes or approves most decisions under the CCAA while, generally, under the BIA the Court is involved only in sanctioning a proposal that has already been approved by creditors.

Because of the relative flexibility and lack of predictability associated with the CCAA process, some creditors perceive that they are disadvantaged relative to the

outcome that would occur under the BIA. In the absence of data regarding proceedings under the CCAA, this perception can be neither affirmed nor disputed. One means of ensuring data on this issue, as well as others related to the CCAA, might be providing the Office of the Superintendent of Bankruptcy with a supervisory and administrative role with respect to both the CCAA and the BIA, as has been suggested by some. Another option, however, involves the research program recommended earlier in this Chapter. Either option does not, however, exclude the other.

Witnesses presented a range of views to the Committee on the issue of whether the BIA and the CCAA should be merged or retained as separate statutes. The Canadian Bankers Association told us that the current system of separate statutes recognizes the needs of both smaller and larger organizations. Similarly, the Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform supported the status quo, with the CCAA for the reorganization of large companies, and the BIA for smaller corporations and other entities. It shared with us the view that "Canada's experience with two reorganization systems has generally been positive. The principal virtue of the two-system approach is that it responds to the fact that different types of reorganization legislation are appropriate for different types of debtors." The Joint Task Force, however, also noted that retention of separate statutes "should not preclude harmonization of specific provisions of the CCAA and the BIA" and made particular mention of reviewable transactions and filing requirements.

Witnesses presented a range of views to the Committee on the issue of whether the BIA and the CCAA should be merged or retained as separate statutes.

Professor Keith Yamauchi, of the Faculty of Law at the University of Calgary, supported the status quo as well, and argued that "[t]he flexible, court-driven nature of a proceeding under the *Companies' Creditors Arrangement Act* lends itself to large multinational entities." At the same time, "the rigid provisions of the *Bankruptcy and Insolvency Act* fit quite nicely with the reorganization of small to medium-sized businesses." He believed that the system in Canada "works well from a practitioner's perspective." The wide judicial discretion given by the CCAA's provisions has not been abused, in his view, but has instead been used "wisely to

effect results that could not otherwise be reached in a strict, rule-oriented system."

Professor Janis Sarra, of the Faculty of Law at the University of British Columbia, also noted the benefits of the flexibility inherent in the CCAA, and informed the Committee that "the courts and parties affected by ... corporate insolvency have been able to utilize the relatively flexible process under the CCAA in order to arrive at successful restructurings that are reflective of the appropriate balance of various interests in such proceedings." In speaking to us, she underscored the importance of the interests of workers, communities and the broader public interest.

The Committee believes that, fundamentally, the current system is working well, which does not mean that changes are not required for the benefit of all domestic and international stakeholders. For example, changes may be required to ensure the collection of data about proceedings under the CCAA, and some matters that are not addressed in the CCAA – but are covered in the BIA – should be considered. Stakeholders have now gained experience with the process under both statutes and jurisprudence has developed. We believe that the CCAA should continue to exist for companies with a relatively high level of indebtedness, while the BIA should be available for all organizations; the level of indebtedness required to take action under the CCAA should, however, be reviewed on an ongoing basis to ensure its continued relevance. There were historic reasons for two separate statutes, and these reasons continue to have importance today. The CCAA appears to be relatively effective in assisting larger companies in their reorganization efforts, while the BIA seems to be working well for smaller organizations.

The CCAA appears to be relatively effective in assisting larger companies in their reorganization efforts, while the BIA seems to be working well for smaller organizations.

In deciding whether to recommend the status quo or an integration of the statutes, the Committee was mindful of the fundamental principles outlined in Chapter Two. In particular, we know that the flexibility that is inherent in the CCAA is probably inconsistent with consistency and predictability, and may not result in fairness. Nevertheless, tradeoffs must be

made and an appropriate balance must be struck. We believe that the need for flexibility is paramount with the CCAA, but urge relevant parties to respect the principles of predictability, consistency and fairness – to the extent that they can – when involved in proceedings under the Act. For this reason, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* continue to exist as separate statutes.

C. Statutory Review of Insolvency Legislation

The BIA and the CCAA require that a Parliamentary review of their administration and operation occur five years after the coming into force of the relevant sections, which occurred in 1997. Although late by one year, the current examination by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce fulfills this requirement for statutory Parliamentary review.

Witnesses told the Committee that ongoing review of insolvency legislation in Canada is needed. While the current review of the BIA and the CCAA by this Committee was welcome, in their view it must occur regularly in order to ensure that Canada's insolvency legislation: meets the needs of all stakeholders in the best possible manner; continues to accommodate the changing socio-economic conditions of an evolving society and the challenges that this change implies for stakeholders; and remains consistent with – although not identical to – the insolvency regimes that exist worldwide but most particularly those of our major trading partners. Mr.David Baird, Q.C., of Torys LLP, told us that "the reform process never ends and further reforms of our bankruptcy and insolvency legislation are required to keep that legislation effective and efficient." Furthermore, the Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform indicated that "because of the remarkable pace of change in insolvency law and practice, it is advantageous to continue with regular five-year reviews of insolvency statutes for continuous improvements, as well as to reflect changed circumstances and new developments."

While the Committee's review was limited to the BIA and the CCAA, witnesses also commented on the need for ongoing statutory Parliamentary review of two additional insolvency statutes – the Winding-up and Restructuring Act *and the* Farm Debt Mediation Act.

While the Committee's review was limited to the BIA and the CCAA, witnesses also commented on the need for ongoing statutory Parliamentary review of two additional insolvency statutes – the *Winding-up and Restructuring Act* (WURA) and the *Farm Debt Mediation Act* (FDMA). Regarding the former Act, Mr. Baird shared his view that revisions are needed that would "make the restructuring of financial institutions much more efficient and cost effective. This would greatly enhance the recovery for consumers and other creditors of insolvent financial institutions." Describing

the WURA as "an insolvency statute that has been very neglected and has not received a comprehensive review for more than 100 years," he made particular mention of the recommendations made by the Insolvency Institute of Canada for amendments to the WURA and told us that the Act should contain a comprehensive scheme for the restructuring of a financial institution. In its presentation to us, the Canadian Bankers Association supported a limitation on the WURA's application to financial institutions in order to "eliminate overlap, increase efficiency and facilitate efforts to tailor the WURA to the needs of financial institutions."

The *Farm Debt Mediation Act* requires the Minister of Agriculture and Agri-Food to undertake a review of its operations every three years, and to table a report in Parliament. The Act, however, stipulates only that the Minister may, for this purpose, consult with representatives of appropriate organizations. Mr. Brian O'Leary, Q.C., of Burnet, Duckworth & Palmer LLP, told the Committee that it "would be prudent to have the [*Farm Debt Mediation Act*] reviewed every 5 years along with the BIA and the CCAA."

Regarding the WURA, the Committee feels that while its application is limited to financial institutions, it too is an important pillar in our insolvency system that should receive ongoing review by Parliament, particularly since there has been – and is likely to continue to be – merger and acquisition activity in this sector and our financial institutions are critically important to the health and prosperity of an economy such as ours. The FDMA, too, is an important insolvency statute for a particular part of our economy. Canada's agricultural industry faces ongoing challenges, and these challenges sometimes result in unsustainable levels of debt for Canadian farmers. The FDMA must also be reviewed by Parliament on a regular basis to ensure that it is continuing to meet the needs of stakeholders in the agricultural industry in the best possible manner.

The Committee strongly believes that statutory Parliamentary review of the operation and administration of

We fear that if our insolvency regime – as part of the set of laws designed to contribute to the health and prosperity of Canadians and the Canadian economy – differs markedly from – or is less effective than – that in other countries, negative economic consequences would be the result.

federal legislation is useful in a range of areas, including insolvency. Given our particular focus at this time, however, and testimony from our witnesses about the need to ensure that Canada's insolvency regime continues to meet the evolving needs of domestic and international stakeholders and recognizes the changing socio-economic environment, we are firmly convinced that ongoing Parliamentary review of our four insolvency statutes must occur. One way to ensure that needed review occurs is statutory provisions to that effect. We fear that if our insolvency regime – as part of the set of laws designed to contribute to the health and prosperity of Canadians and the Canadian economy – differs markedly from – or is less effective than – that in other countries, negative economic consequences would be the result. Our insolvency system must be at least as efficient, effective and fair as those found in other countries. From this perspective, and to ensure the efficiency and effectiveness that we seek, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act*, the *Companies' Creditors Arrangement Act*, the *Winding-Up and Restructuring Act* and the *Farm Debt Mediation Act* be amended to require a review by a Parliamentary committee at least once every five years.

Although not, strictly speaking, an issue related to statutory Parliamentary review, the Committee would like to comment on the recommendation made by Professors Ziegel and Telfer that "an advisory committee of outside experts [be appointed], similar in purpose to the Colter Committee of 1984, to prepare draft provisions for the federal government's consideration." Throughout our study, we have assumed that legislation to amend Canada's insolvency laws would result from our review, and in a timely manner. There is, however, no guarantee that legislation will be introduced in Parliament expeditiously or that, if it is, it will become law. Certainly, when one considers the number of insolvency-related legislative attempts that have died on the Order Paper, there is perhaps cause for pessimism rather than optimism. It was perhaps from this perspective that Professors Ziegel and Telfer

made their recommendation to allow outside experts to draft the legislation in order to assist in a timely amendment process.

The socio-economic environment has changed since the last substantive amendments to the BIA and the CCAA in 1997. The Committee believes that all laws in Canada, but particularly those of fundamental importance to the health of our economy and our citizens, must be reviewed and amended regularly to ensure that they meet their intended goals in the best possible manner. From this perspective, we urge the federal government to introduce amendments to the BIA and the CCAA – and perhaps to the WURA and the FDMA as well – at the earliest opportunity, and certainly no later than the first session of the next Parliament.

D. A Specialized Judiciary

Certain areas of the law implicitly recognize the benefits of specialized knowledge.

Certain areas of the law implicitly recognize the benefits of specialized knowledge. For example, the privative clauses that exist to protect decisions made by administrative tribunals – including labour relations and human rights, among others – recognize the specialized perspective and background that tribunal members bring to the fulfillment of their duties and to the decisions they make. In these cases, appeals to the Court are limited in part because the Court generally lacks specialized expertise in those particular areas.

Witnesses supported the development of a specialized judiciary to hear and resolve insolvency cases within Canada. The International Insolvency Institute, for example, told the Committee that "a greater degree of specialization in administering bankruptcies and reorganizations would be beneficial both in enhancing the interests of stakeholders in reorganizations and in furthering the Canadian public interest in having an experienced, understandable and predictable system for reorganizations and restructurings." In the Institute's view, however, a specialized insolvency judiciary probably could not be achieved under the existing system, where provincial Chief Justices designate the judges to deal with insolvency matters. Consequently, it suggested that responsibility for designating these judges be given to the Governor in Council on the recommendation of the Chief Justice.

The Committee was also informed that, to some extent, this specialization is already beginning to develop and some uniformity in decision making exists across Canada. Professor Yamauchi indicated that "provincial judicial bodies … are, for lack of a better term, starting to create specialist judges to deal with reorganizations. … In terms of getting uniformity across the country, it seems … that most of the judges refer to cases from other jurisdictions and do their balancing to come out with a fair and reasonable approach for all of the stakeholders." Mr. Mendelsohn, of Mendelsohn, G.P, also

commented on the issue of specialization, arguing for the creation of "more specialized judiciaries in the major centres of Canada."

This Committee has long been a supporter of specialization, training and education. For example, in our June 2003 report *Navigating Through "the Perfect Storm": Safeguards to Restore Investor Confidence*, we recommended the development of specifically tailored education and training initiatives to enhance the knowledge of board directors. We, like a number of our witnesses, believe that judges with specialized knowledge of insolvency matters are best equipped to resolve cases in the best interests of all stakeholders. We do not, however, believe that specialization should be limited to insolvency; more generally, we support the development of specialized judges in the full range of areas that are decided by our Courts. We are pleased that some specialization already seems to exist with respect to insolvency and that judges appear to be deciding cases in a relatively uniform manner across the country. Nevertheless, we support formal specialization through education and training programs, and believe that these programs will assist in the uniformity, consistency and predictability that we feel are important.

We ... believe that judges with specialized knowledge of insolvency matters are best equipped to resolve cases in the best interests of all stakeholders.

A question then arises about how this specialized knowledge is acquired. While it might occur simply through hearing repeated insolvency cases – through "on-the-job training," if you will – the Committee believes that more must be done. In the same manner that courses are being developed and offered to individuals to make them more knowledgeable members of boards of directors, we feel that education and training programs must be developed that would enable judges – who may currently adjudicate the full range of cases before the Court – to develop specialized expertise in the area of insolvency. We wonder whether the National Judicial Institute might play a useful role in this regard. Feeling that a specialized insolvency judiciary would contribute to the fairness, predictability and consistency that we believe are important in our insolvency system, the Committee recommends that:

The federal government consult with relevant stakeholders with a view to developing education and training programs that would enable judges in Canada to develop specialized expertise in the area of insolvency law.

E. Issues of Costs

The insolvency process, insofar as the payment of professional fees is concerned, is internally financed, with fees paid to trustees, monitors and lawyers, among others. Trustees are paid from the funds generated by the estate, in priority to the claims of other creditors, and the level of trustees' fees may either be determined by the creditors or, where this is not the case, paid pursuant to a tariff based on a percentage of the total value of realized unsecured assets – presently 7.5% – subject to variation by the Court through the process known as "taxation," that is, approval of fees.

Similarly, the monitor appointed during restructuring under the CCAA receives fees for services rendered, as approved by the Court, throughout Canada, with the exception of Quebec where the fees are determined – in the first instance – by agreement between the monitor and the debtor. While the CCAA does not specify the priority given to the payment of monitors' fees, in practice the debtor pays the fees to the monitor as an administrative cost during the restructuring process and ranking ahead of the creditors.

In CCAA proceedings, the debtor will usually – although not always – pay the legal costs of creditor groups, which generally enhances their cooperation during the restructuring process.

When litigation arises, the losing party is generally required to pay legal costs – sometimes referred to as judicial costs – to the lawyer of the winning party. This practice is intended to defray, in some measure, the cost of litigation that the winning party has incurred. These judicial costs are payable according to the Tariff of Costs contained in the Act.

Mr. Baird shared his views with the Committee regarding the Tariff of Costs. After noting that the tariff was introduced five decades ago and has not been revised since

that time, he suggested that it is "completely outdated" and that "[i]n most jurisdictions, the tariff has been ignored." He believed that the Tariff of Costs should be repealed and the BIA amended to provide that, should the losing party be obliged to pay the legal costs of the winning party, the Tariff of Costs applicable in the province/territory in which the litigation occurs should apply.

Representatives of organized labour suggested to the Committee that trade unions should have their costs paid, and the Canadian Labour Congress told us that "[union] costs related to a restructuring are not always paid in the same way as the costs of other creditor groups." The labour federation suggested that "[i]f a company or an estate has sufficient funds to pay a trustee in bankruptcy or a monitor and their legal counsel respectively, then a company or estate should also be made to pay the legal costs incurred by a trade union (or by unorganized employees) to advance their claims in the insolvency proceedings. ... Further, the payment of the legal costs of trade unions and employees would facilitate their organization (in a multi-union environment) into one cohesive group which can be dealt with by the estate in a much more streamlined manner ... ."

A tariff that allows a cost of $1.00 for a letter or $4.00 to $6.00 for the drafting of assignments, proposals or statements of claim bears no relationship to the realities of today.

The Committee is aware of the Tariff of Costs which, since it has not been amended since 1949, has no practical relevance today. A tariff that allows a cost of $1.00 for a letter or $4.00 to $6.00 for the drafting of assignments, proposals or statements of claim bears no relationship to the realities of today. We know that various *ad hoc* practices have been developed to overcome this problem, and that while the BIA permits recourse to the regular Tariff of the Court, this civil tariff cannot – in the absence of legislation – displace the Bankruptcy Tariff in its entirety. Moreover, the CCAA makes no provision for a tariff; consequently, costs that are incurred under the CCAA follow the tariff of ordinary civil cases.

In contemplating how to address the problems associated with the Tariff of Costs, the Committee decided that the best course of action is to abolish it and instead use the civil Court tariffs as they apply across the provinces/territories.

We do not support updating the Tariff that currently exists, since there is a danger in leaving a Tariff schedule in legislation that may be updated only infrequently. Nor do we believe that providing the Governor in Council with the regulatory authority to set tariffs is appropriate, since there is an easier and more logical solution available: use civil Court tariffs.

... there is an easier and more logical solution available: use civil Court tariffs.

These tariffs are the preferred solution for the Committee because they already exist, and because they presumably reflect regional variations and the judgments of various provincial/territorial legislatures as to the extent that judicial costs should or should not fully or substantially compensate – or indemnify – the winning party at the expense of the losing party. Some provinces/territories provide for substantial or full indemnification, while others provide only for relatively modest tariffs of costs in order to avoid discouraging those with relatively modest means from pursuing their rights before the Court. We believe that using the Tariff of Costs applicable in the province/territory in which the litigation occurs would respect a number of the fundamental principles identified by us as important, including fairness and predictability; it would also provide an element of transparency. Consequently, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to repeal the Tariff of Costs. Instead, costs should be paid in accordance with civil Court tariffs as they apply from place to place throughout Canada.

F. Conflicts of Interest

Debtors who file for bankruptcy under the *Bankruptcy and Insolvency Act* give control of their assets to a trustee, who has a variety of roles: to advise the debtor who is paying his or her fees; to maximize the returns to creditors from the sale of non-exempt assets in the bankrupt's estate and to distribute them in accordance with the provisions of the Act; and, more generally, to carry out his or her duties with respect to administering the bankruptcy while maintaining the integrity of the BIA. These multiple roles may create conflicts of interest for the trustee.

Professors Ziegel and Telfer noted the potential for conflicts of interest, and told the Committee that "once bankruptcy has ensued or the debtor has made a consumer proposal the trustee owes duties to the debtor's creditors and to the court. This gives rise to a conflict of interest between the trustee's duty to the consumer and his [or her] duties to the creditors and the court." In their view, adoption of some of the recommendations made by the Personal Insolvency Task Force would add to this conflict.

The [CCAA] is silent with respect to qualification requirements and rules of professional conduct and, like trustees, monitors may face conflicts of interest.

The CCAA requires the appointment of a monitor to oversee the affairs and finances of the insolvent company during the reorganization period, in accordance with the orders of the Court. The Act is silent with respect to qualification requirements and rules of professional conduct and, like trustees, monitors may face conflicts of interest.

In speaking to the Committee about the role played by monitors in CCAA proceedings, Equifax Canada Inc. voiced the view that "most other systems ... provide more transparency and are much freer from conflicts of interest .... Canada should be able to devise a standard of independence that would ensure that insolvency officeholders are free from other interests and other relationships that might impact on their objectivity and their ability to serve creditors they are appointed to represent."

The organization went on to note that "[m]onitors are expected to act in a variety of inconsistent and conflicting roles. It is commonplace for monitors to act as a financial consultant to the debtor, as a financial consultant to the secured creditors of the debtor, as a trustee in bankruptcy representing the interests of unsecured creditors, or as a receiver or receiver and manager representing the interests of secured creditors. It is not unusual for a monitor to occupy one or more of these roles in sequence as a case develops and there are examples of monitors occupying all of these positions *at the same time.*" As a solution, Equifax Canada Inc. advocated improved guidelines in the BIA and the CCAA regarding conflicts of interest and the duties of officeholders.

The Committee is firmly of the opinion that roles and responsibilities that would create conflicts of interest – whether real or perceived – for trustees, monitors or other insolvency practitioners must be avoided.

The Committee is firmly of the opinion that roles and responsibilities that would create conflicts of interest – whether real or perceived – for trustees, monitors or other insolvency practitioners must be avoided. If other stakeholders perceive these individuals to be in a position of conflict, then their faith in the integrity of our insolvency system and their sense of fairness in the process are reduced. While this occurrence has negative implications for Canadian stakeholders, the effects extend to foreign investors and thereby to the Canadian economy. The insolvency system in Canada must be – and must be seen to be – fair and transparent. Consistent with the desire to uphold these fundamental principles, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* and the *Companies' Creditors Arrangement Act* be reviewed in order to identify and eliminate any opportunities for the roles and responsibilities of insolvency practitioners to place them in a real or perceived conflict of interest. Moreover, in order to ensure that all practitioners fulfill their duties with a high level of integrity, the federal government should adopt guidelines for insolvency practitioners regarding professional conduct and conflicts of interest, expanding upon Rules 34 to 53 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* where appropriate.

G. The Definition of Income

Under the BIA, not all of a bankrupt's financial resources are treated equally. The Act specifies that non-exempt assets are available to the trustee for liquidation and hence for administrative costs and distribution among creditors.

"Assets" and "income" are treated differently under the [BIA].

"Assets" and "income" are treated differently under the Act. All assets of the bankrupt, other than exempt assets, are vested in the trustee upon the bankruptcy of the debtor. Income earned by the debtor during his or her bankruptcy and prior to discharge remains with the debtor in order to permit him or her to maintain a reasonable standard of living for himself or herself and his or her family. Where the income of the debtor exceeds certain standards, however, the income – referred to as excess or surplus income – is to be paid to the trustee for distribution to creditors after payment of administrative expenses. This situation is perceived to be a fair treatment of the debtor's income during bankruptcy, since income that exceeds the debtor's needs should properly be used to reimburse the creditors to the extent possible.

Prior to amendments to the BIA in 1997, income was defined as "salary, wages or other remuneration from a person employing the bankrupt." Changes in 1997 subjected "income" to a needs test involving "all revenues of a bankrupt of whatever nature or source." While the usual interpretation has been income both earned and received during bankruptcy – with any income earned before the date of filing for bankruptcy and received after the date vesting with the trustee absolutely and not included in the needs analysis – recent Supreme Court of Canada decisions have resulted in the application of the needs analysis to income entitlements arising from pre-bankruptcy events, such as personal injury awards, pay equity settlements and wrongful dismissal damages. The result has been that these types of non-periodic, lump-sum,

pre-bankruptcy entitlements received after bankruptcy have been classified as income.

In the view of the Personal Insolvency Task Force, "income" has three characteristics: it is earned through labour market activity; it is generally intended to finance the costs of current consumption; and it is generally received on a periodic basis. Wages and salaries are income, while lottery winnings and inheritances are not.

The Task Force recommended that the BIA be amended to clarify the definition of "income." In particular, it believed that the term "total income" should be defined to include revenues earned at any time before the date of discharge, including revenue earned before the date of bankruptcy, that have not been received before the date of bankruptcy. To the extent that pre-bankruptcy income entitlements received after the date of bankruptcy are not required to meet the current financial needs of bankrupts and their families, the entitlements should accrue in full to the trustee for distribution to creditors; if these financial needs are being met out of current income, creditors could realize higher levels of recovery.

Moreover, the Task Force believed that guidance should be given to trustees about the manner in which lump-sum entitlements should be allocated between bankrupts and creditors; guidance in this area should result in consistency and predictability. Finally, trustees should acquire, for distribution among creditors, any tax refund to which the bankrupt is entitled in his or her pre-bankruptcy return and post-bankruptcy return, as well as any tax refund for any prior year.

The Task Force's recommendations were supported by a number of the Committee's other witnesses. For example, the need for clarification of the term "total income" was also highlighted by Professors Ziegel and Telfer, and the Task Force's position was supported by the Canadian Bar Association, which told the Committee that "[r]ecent case law has rendered reform necessary." The Canadian Association of

Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada too expressed support for the Task Force's recommendations.

The view of the Canadian Bankers Association went somewhat farther than the Task Force. In particular, the Association suggested to the Committee that, "in addition to making the pre-bankruptcy and post-bankruptcy tax return available to creditors, a refund arising from any subsequent tax return filed during the bankruptcy should also be made available to creditors." It also believed that the discharge period should be extended to 15 months in order to allow the estate to benefit from the additional moneys from income tax refunds. The additional six months beyond the current nine-month period prior to discharge would also permit the trustee to offer additional counselling.

The Committee feels that clarification of the term "total income" is needed, and that trustees should be provided with guidelines to assist them in properly allocating lump-sum entitlements between debtors and creditors. Key definitions such as "total income" must have a clear and appropriate meaning, and trustees must be provided with guidance in order to ensure transparency, fairness, consistency and predictability in their dealings with debtors and creditors. Moreover, to the extent that is equitable, tax refunds payable to the debtor must be available to the trustee for distribution to creditors. We want the bankrupt to have a fresh start, certainly, but it is also important to us that proper consideration be given to maximizing assets in the estate in order that creditors receive more.

The Committee stresses the importance of ensuring adequate recovery for creditors not because we feel the need to be their advocate, but rather because inadequate recovery for creditors can have negative consequences, including a lower availability of credit and credit available only at a higher cost.

The Committee stresses the importance of ensuring adequate recovery for creditors not because we feel the need to be their advocate, but rather because inadequate recovery for creditors can have negative consequences, including a lower availability of credit and credit available only at a higher cost. These consequences have implications for the prosperity of the Canadian economy and, in fact, any Canadian who is forced to pay a higher cost of credit. Believing that clarity and

guidance are needed, and that these will result in greater fairness and predictability, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended in order to clarify the meaning of the term "total income." As well, clarity – in the form of guidelines contained in a directive of the Superintendent of Bankruptcy – should be provided to trustees regarding the manner in which lump-sum settlements received after bankruptcy and before discharge should be divided between debtors and creditors. Finally, a bankrupt's tax refunds received during a period to be determined by statute should be made available to the trustee for distribution to creditors.

H. The Definition of Consumer Debtor

In order to file a consumer proposal, an insolvent debtor must fall within the definition of "consumer debtor." A consumer debtor is a "natural person who is bankrupt or insolvent and whose aggregate debts, excluding any debts secured by the person's principal residence, do not exceed seventy-five thousand dollars or such other maximum as prescribed." The definition does not restrict the nature of the debts; they may be business- or consumer-related.

The $75,000 liability threshold, however, may be prompting many self-employed individuals and higher-income debtors to use the more complex and costlier option.

When the consumer proposal provisions were included in the BIA in 1992, it was expected that the administration of consumer proposals would be relatively straightforward and would not warrant the more complex and costlier option provided for commercial reorganizations. The $75,000 liability threshold, however, may be prompting many self-employed individuals and higher-income debtors to use the more complex and costlier option.

In the view of the Personal Insolvency Task Force, the current definition of "consumer debtor" is too restrictive, and the more complex process is not justified or needed for many of the debtors now using it. Higher costs reduce recovery for creditors, and failure of a commercial proposal results in automatic bankruptcy for the insolvent debtor; there is no "deemed bankruptcy" when a consumer proposal fails. It recommended that the BIA be amended to include a revised definition of "consumer debtor" for those filing a consumer proposal; it should include "an individual whose indebtedness, consequent of commercial or self-employed activity, does not exceed $100,000 or such other amount as is prescribed" and should include no ceiling on the amount of non-business indebtedness or on the debtor's assets.

Professors Ziegel and Telfer also supported a higher indebtedness threshold for consumer proposals, as did the Canadian Bar Association, which told the Committee that

"eligibility for consumer proposals should be enhanced, whether by raising the dollar ceiling from $75,000 to some higher figure, or in some other convenient manner." The Association, however, noted the absence of a provision in the consumer proposal scheme for payment of legal services rendered to the administrator and argued that "[s]ome provision must be made for the administrator to seek legal advice or representation. It is unfair to force the administrator to do so only at personal cost."

The general support by the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada for the Task Force's recommendations was augmented by their view that the proposed indebtedness threshold is too low. They believed that all debt should be classified together, since "it is difficult to distinguish between commercial and consumer debt ... and consumer debts are frequently commingled with commercial debts for sole proprietors and small business owners, ..." From this perspective, they advocated an indebtedness threshold of $250,000 for all types of debt except residential mortgage debt.

A different view was shared with the Committee by the Canadian Bankers Association, which did not support the Task Force's recommendation to increase the indebtedness threshold for debtors filing a consumer proposal. It believed that "[i]ncreasing the threshold would increase the consumer debt to a level that was beyond that which a consumer could reasonably handle for payments under a proposal." Nevertheless, the Association informed us that, in the event that a decision is made to amend the BIA to increase the indebtedness threshold, it should be raised only in accordance with increases in the cost of living.

... the Committee believes that consumers should pursue a consumer proposal rather than a commercial reorganization, if possible.

Like a number of our witnesses, the Committee believes that consumers should pursue a consumer proposal rather than a commercial reorganization, if possible. We hold this view because failure in the former situation does not result in a "deemed bankruptcy," while in the latter case it does. Moreover, the consumer proposal option should be

Clearly, accessibility is hampered if the indebtedness threshold needed to access the simpler, less costly process is a barrier.

pursued because it is simpler and less costly. We recognize, however, that the current indebtedness threshold may be limiting the extent to which consumers are eligible to pursue a consumer proposal. One of the fundamental principles articulated by us in Chapter Two is accessibility. Clearly, accessibility is hampered if the indebtedness threshold needed to access the simpler, less costly process is a barrier. It is from this perspective that the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to raise the indebtedness threshold contained in the definition of "consumer debtor" to $100,000, with annual increases thereafter to reflect increases in the cost of living as measured by the Consumer Price Index. Moreover, two years after the new indebtedness threshold comes into force, the federal government should initiate a review of the degree to which insolvent debtors are using the consumer proposal option rather than pursuing a commercial reorganization. (page 184)

I. Selection of the Bankruptcy Trustee

At present, the BIA requires the Official Receiver to select a trustee to administer a bankruptcy; to the extent possible, this selection is required by law to reflect the wishes of the most interested creditors. In reality, however, in most cases the debtor chooses a trustee to administer his or her bankruptcy; it is rarely the case that the Official Receiver determines that a different trustee should be appointed.

The Personal Insolvency Task Force believed that the BIA should be amended in a manner that reflects the current reality with respect to trustee selection. The Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada supported this position, and told the Committee that the BIA should "be amended to reflect that in most cases, the debtor has initially selected the trustee to administer the bankruptcy."

The Committee completely agrees with the notion that legislation should reflect reality in those situations where the reality appears to be working well for all stakeholders.

The Committee completely agrees with the notion that legislation should reflect reality in those situations where the reality appears to be working well for all stakeholders. The situation regarding the selection of the trustee by the debtor rather than by the Official Receiver is an illustration of this point. In some sense, the fundamental principle of effectiveness appears to be well-served. For this reason, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide that the debtor is required to submit to the Official Receiver his or her choice of a trustee to administer his or her bankruptcy.

J. Non-Arm's Length Creditor Voting Rights

At present, the voting rights of creditors in a bankruptcy, who have been dealing with the debtor at non-arm's length in the year prior to the bankruptcy, are restricted by the BIA. This restriction applies to relatives of the debtor, as well as to other creditors who do not deal at arm's length. The concept of "arm's length" is borrowed from the *Income Tax Act* definition of that term. The BIA establishes a presumption that people who are related, within the meaning of the definition of "related" in the BIA, never deal at arm's length. The Court has the right to restore the voting rights of non-arm's length creditors if they represent more than 80% of the value of the total claims.

Non-arm's length creditors can never vote in favour of a proposal, although they may vote against acceptance of the proposal.

... the provision is predicated on the notion that collusion with the bankrupt is more likely to occur with non-arm's length than with arm's length creditors.

Designed to impede collusion between the bankrupt and a non-arm's length creditor that would undermine the interests of other creditors or that would give an advantage to a relative or other non-arm's length party, the provision is predicated on the notion that collusion with the bankrupt is more likely to occur with non-arm's length than with arm's length creditors. There may be situations, however, where this situation is unlikely; consider, for example, spouses involved in litigation. Until one year after a divorce is finalized, the non-arm's length estranged spouse is not permitted to vote as a creditor if his or her claim is less than 80% of the total claim; in the event that it is, Court approval is required in order to vote.

In the opinion of the Personal Insolvency Task Force, the BIA should be amended to: remove the 80% requirement so that, subject to Court approval, a non-arm's length creditor could vote at a creditor's meeting; and permit non-arm's length parties to appoint inspectors, subject to Court approval. The

Canadian Bar Association informed the Committee that it supported the Task Force's recommendations.

The Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada shared with the Committee their qualified support for the Task Force's recommendation. In particular, they believed that the vote should proceed prior to seeking leave of the Court; if the non-arm's length creditor's vote changes the outcome, the creditor should then seek leave of the Court to have the vote counted. They believed that a similar modification to the Task Force's recommendation is needed with respect to the vote to appoint inspectors. Finally, they told us that "the definition of 'non-arm's length' and 'related' [should] be clarified, to make the BIA more accessible for those wishing to participate."

The Committee feels that a premise on which this provision was designed may be faulty, since it implicitly assumes that collusion is significantly more likely to occur between the debtor and a non-arm's length creditor than between the debtor and an arm's length creditor. We think that this premise explains both the 80% threshold and the requirement to seek leave of the Court prior to participating in a vote. While we believe that there is some chance – and perhaps even a good chance – that collusion between the debtor and a non-arm's length creditor may occur, we believe that the premise is faulty in the sense that it perhaps occurs much less frequently than might commonly be thought. Certainly, although we lack data to support our view, we think that its frequency does not justify the relatively onerous nature of the provision as it is currently drafted.

While we believe that there is some chance – and perhaps even a good chance – that collusion between the debtor and a non-arm's length creditor may occur, we believe that the premise is faulty in the sense that it perhaps occurs much less frequently that might commonly be thought.

The Committee, in deciding whether this provision should be amended – and, if so, how – returned to the fundamental principles articulated in Chapter Two. We first put the current provision through the lens – if you will – of fairness, accessibility, predictability, efficiency and effectiveness. The provision failed to meet the standard expected in a number of areas. Change, then, is needed.

We also feel that the proposal for voting by the non-arm's length creditor, to be followed by a request to the Court if the vote changes the outcome, is wise and we endorse this approach.

Of the options presented to us by witnesses, the Committee believes that a change to the 80% threshold should occur, but do not believe that the elimination proposed by the Task Force is wise; in the absence of data about the extent to which collusion occurs, complete elimination may be too extreme and may have implications for the extent to which the Courts would be required to hear requests for the restoration of voting rights. Instead, we believe that it should be lowered, with a subsequent examination of the consequences of the reduction as a means of assessing whether additional change is required. We also feel that the proposal for voting by the non-arm's length creditor, to be followed by a request to the Court if the vote changes the outcome, is wise and we endorse this approach. Feeling that the changes we suggest will help to ensure fairness and accessibility for non-arm's length creditors, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to provide voting rights to non-arm's length creditors who have been dealing with the debtor at non-arm's length in the year prior to the bankruptcy, if they represent together more than 40% of the value of the total claims. In the event that the non-arm's length creditors vote changes the outcome of the vote, any interested party should then seek leave of the Court to have the vote included.

K. Debts Not Released by an Order of Discharge

Certain debts are not released by an order of discharge from bankruptcy, including "any debt or liability for obtaining property by false pretences or fraudulent misrepresentation." Sections 178(1)(d) and (e) of the BIA address some debts that are not released through discharge.

Some creditors have tried to invoke section 178 in order to prevent their claims from being discharged by arguing that an allegation of fraud is all that is required; that is, there is no requirement that fraud be proven to have occurred. As well, Section 178(1)(d) covers theft by a fiduciary, but does not cover theft by a stranger. Furthermore, Section 178(1)(e) applies to debts for property obtained through false pretences or fraudulent misrepresentation; debts for services obtained by improper means are not included.

The Personal Insolvency Task Force believed that these Sections of the BIA should be modernized. In particular, it argued that an allegation of fraud is insufficient and that a Court finding of fraud is required in order for the debt to survive discharge, and that debts for services obtained through false pretences or fraudulent misrepresentation should be covered in order to recognize the importance of services in our economy. Finally, it said that all theft should be covered, since there is "no policy reason to include only theft by a fiduciary … ." This recommendation was supported by the Canadian Bar Association, as well as by the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and the Insolvency Institute of Canada.

In the Committee's view, the witnesses made a compelling case for amendment of Section 178 of the BIA.

Professors Ziegel and Telfer recommended that all of the non-dischargeable debts and penalties in Section 178 be reviewed.

In the Committee's view, the witnesses made a compelling case for amendment of Section 178 of the BIA.

... the provisions should apply to debts for services obtained through false pretences or fraudulent misrepresentation, as well as debts for property.

We, too, believe that fraud should be proven rather than merely alleged in order for the debt to survive discharge. As well, the provisions should apply to debts for services obtained through false pretences or fraudulent misrepresentation, as well as debts for property. In our opinion, changes of this nature would contribute greatly to fairness in the process. From this perspective, the Committee recommends that:

The *Bankruptcy and Insolvency Act* be amended to require that fraud be proven in order for a debt to survive discharge from bankruptcy. Moreover, the provisions should apply to both debts for property and debts for services acquired through false pretences or fraudulent misrepresentation.

CHAPTER SEVEN: CONCLUSION

Throughout our hearings, the Committee pondered the question of how "fresh" the "fresh start" should be for debtors, whether consumers or corporations. An answer to this question requires careful consideration of the balance that must be struck between providing honest but unfortunate debtors with an opportunity to be discharged from their debts and thereby begin again to contribute to society in a relatively unencumbered manner and the right for creditors of all types to recover as much as possible of the moneys owed to them and to share the burden of any shortfall in an appropriate manner. This philosophy is the fundamental premise on which Canadian insolvency law has evolved.

The answer, then, is: the fresh start should not be so fresh that creditors – whether suppliers of goods and services, grantors of credit or providers of labour – are unduly disadvantaged in the extent to which they can recover moneys owed to them, and thereby continue to provide goods, services, credit and labour with a reasonable expectation that they will be paid; but nor must the fresh start be so stale that debtors are unable, following discharge of their bankruptcy, to participate meaningfully in economic life because their non-dischargeable debt is overly burdensome for them. In the end, the true challenge is finding that elusive balance, recognizing that re-balancing is required from time to time as the domestic and international environments within which we live and do business change.

... the fresh start should not be so fresh that creditors – whether suppliers of goods and services, grantors of credit or providers of labour – are unduly disadvantaged in the extent to which they can recover moneys owed to them, and thereby continue to provide goods, services, credit and labour with a reasonable expectation that they will be paid; but nor must the fresh start be so stale that debtors are unable, following discharge of their bankruptcy, to participate meaningfully in economic life because their non-dischargeable debt is overly burdensome for them.

In this report, the Committee has provided recommendations that we believe will help to ensure opportunities for consumers and corporations to avoid bankruptcy – and thereby maximize opportunities for their personal or corporate recovery – and to share the burden of loss equitably should bankruptcy be unavoidable – and thereby allocate the burden fairly. This task is not easy. There are inherent conflicts and the problem is a "zero sum game." Most

generally, improving recovery for one stakeholder occurs only at the expense of one or more other stakeholders.

A bankruptcy occurs because a debtor has insufficient assets to satisfy the claims of a range of creditors; in its simplest terms, there are inadequate resources available to pay debts as they become due.

By definition, insolvency involves opposing and competing interests. A bankruptcy occurs because a debtor has insufficient assets to satisfy the claims of a range of creditors; in its simplest terms, there are inadequate resources available to pay debts as they become due. The Committee was mindful of the changes over time that have diminished the moneys available for recovery by creditors. Consequently, in our recommendations we were cautious in recommending additional exemptions from seizure in bankruptcy and discharge of debts that would further reduce these moneys and affect the balance between stakeholders.

Finally, the Committee believes that review must be ongoing, for insolvency legislation must respond to the changing domestic and global socio-economic environment. Our report – and the legislation that we expect will follow – are movements along the road. It is our hope that we will continually travel this road but never arrive at the end of it, for it is the continuous travel that reflects the change that must always occur in order to ensure that our insolvency regime is the best that it can be and that it continues to meet the often-conflicting needs of stakeholders in the fairest and most accessible, predictable, responsible, cooperative, efficient and effective manner possible.

APPENDIX A:
THE *WINDING-UP AND RESTRUCTURING ACT* AND THE *FARM DEBT MEDIATION ACT*

A. The *Winding-up and Restructuring Act*

Enacted in 1882, the *Winding-Up Act* (WUA) provided a process for the liquidation of both solvent and insolvent corporations. With the passage of the *Bankruptcy Act* in 1919, a second regime for liquidating insolvent companies was created, and the *Bankruptcy Act* was made paramount with amendments in 1966 that had the effect of limiting the WUA's application to the winding-up of certain financial institutions. In that year, the Minister of Justice initiated a major reform process with respect to insolvency law; part of this process involved the establishment of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation, or the Tassé Committee.

When the Tassé Committee reported in 1970, it proposed that the *Bankruptcy Act* and the *Winding-Up Act* – to the extent that the latter applied – be merged in a single bankruptcy statute applicable to the liquidation of all insolvent companies. Although a number of legislative proposals that would have enacted a comprehensive insolvency statute and repealed provisions related to insolvent corporations in the WUA have been considered since that time, no merger of the WUA and the *Bankruptcy and Insolvency Act* has occurred. In recent years, the *Winding-Up Act* has been amended to facilitate the liquidation of financial institutions and to rename the Act.

At the present time, the *Winding-Up and Restructuring Act* (WURA) applies to insolvent financial institutions, such as banks, insurance companies, trust companies and loan companies; these companies cannot be liquidated under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, and the WURA's provisions have been tailored to address the unique circumstances associated with administering the liquidation of insolvent financial institutions. The Act also applies to a range of solvent companies that wish to be wound up; however the federal *Canada Business Corporations Act* (CBCA) excludes the WURA's application to CBCA corporations, and other federal and provincial/territorial incorporations legislation may also do so. Consequently, most – although not all – solvent companies can be wound up under other legislation as well, including liquidation and dissolution provisions or federal and provincial/territorial corporations legislation and provincial/territorial winding-up legislation.

Different in both structure and procedure from the BIA, proceedings under the WURA are largely Court-driven. A liquidator is appointed by the Court to carry out the day-to-day administration of the process, and the Court must approve all key decisions made by the

liquidator. The Act requires the liquidator to take possession of the company's property, wind up its business and distribute the assets to creditors.

The Act provides two categories of preferred claims: a portion of the claims of employees for wages, and claims for the costs of administration. Moreover, since the Crown is not bound by the WURA, it is in a relatively stronger position to pursue its claims. Finally, the Act lacks rules governing international insolvencies and provides a relatively limited reorganization regime. In particular, the Act authorizes the Court to call a meeting of creditors in order to vote on a reorganization proposal and allows the Court to make the proposal binding on all creditors provided 75% of the creditors in any class vote in favour of the proposal.

A number of practitioners and analysts have recommended that the *Winding-up and Restructuring Act* be amended. This Act is not subject to the current statutory Parliamentary review.

B. The *Farm Debt Mediation Act*

Under the *Farm Debt Review Act*, proclaimed into force on 5 August 1986, provincial Farm Debt Review Boards were established to ensure that farm operations in financial difficulty or facing foreclosure had access to impartial third-party review and possible financing or refinancing. Each Board identified persons available to serve on three-person Farm Debt Review Panels, which were established for each farm debt review to consider the financial affairs of the farmer and to facilitate an arrangement between him or her and his or her creditor(s).

Two types of applications were possible. In the case of an insolvent farmer, the Act required a secured creditor(s) to give the farmer at least 15 business days' notice of action being taken and of his or her right to make an application under the Act. The farmer was then able to apply to the Farm Debt Review Board, and the Board notified all creditors and issued a 30-day stay of proceedings against foreclosure; the stay could be extended at 30-day intervals for a total of 120 days if the Board felt that an extension of the period was essential to the formulation of an agreement between the farmer and his or her creditor(s). A Farm Debt Review Panel met with field staff, the farmer and his or her creditor(s) to assess the situation and to attempt to achieve a mutually satisfactory agreement. If successful, any agreement reached constituted a legal contract. In the event of failure, the creditor(s) were able to proceed with foreclosure.

A farmer in financial difficulty could apply to the Farm Debt Review Board for a review of his or her financial affairs or for assistance in reaching an agreement with his or her creditor(s). A Farm Debt Review Panel was established, and field staff were assigned to evaluate the situation with the farmer and, if requested by him or her, his or her creditor(s); preliminary suggestions for improving the farmer's prospects were made. After reviewing

the final report, the Panel met with the farmer and, if he or she so requested, his or her creditor(s), to discuss the report and to attempt to enter into an agreement. Any agreement signed became a legal document.

In May 1996, Bill C-38 was introduced in the House of Commons. It repealed the *Farm Debt Review Act* and enacted the *Farm Debt Mediation Act* (FDMA). The FDMA, which came into force in April 1998, implemented a simplified procedure that focuses on mediation and applies to insolvent farmers. In general terms, the Act provides for: a review of an insolvent farmer's financial affairs; mediation between the farmer and his or her creditor(s) with the objective of reaching a mutually acceptable arrangement; and, if requested by the farmer, an order temporarily suspending the right of his or her creditor(s) to take or to continue proceedings against the farmer's assets.

To be eligible to make application under the Act, a farmer must meet one of three criteria: to be unable to meet his or her obligations as they generally become due; to have ceased paying his or her current obligations in the ordinary course of business as they generally become due; or to have property the aggregate of which is not, at a fair market valuation, sufficient to enable payment of all of his or her obligations due. These criteria correspond to the definition of "insolvent person" in the *Bankruptcy and Insolvency Act.*

A farmer meeting one of these three insolvency criteria can make one of two types of applications: for a stay of proceedings against him or her by all creditors, a review of his or her financial affairs, and mediation between him or her and all creditors for the purpose of assistance in reaching a mutually acceptable arrangement; or for a review of his or her financial affairs and mediation between him or her and all secured creditors for the purpose of assistance in reaching a mutually acceptable arrangement, although one or more unsecured creditors can be involved in the mediation in certain circumstances. With the first type of application, the farmer has access to a 30-day stay of proceedings, which can be extended in some circumstances for up to three further periods of 30 days each and can be terminated under a variety of circumstances; during the period of the stay, a guardian of the farmer's assets is appointed. With permission, farmers can change their application from one type to the other at any time during the mediation. There is a duty on the administrator of the process to give notice of the application to each of the farmer's creditors in the first case or to secured creditors in the second case.

Following the financial review of the farmer's affairs, a single, neutral mediator is appointed to assist the farmer and any relevant creditors in reaching a mutually acceptable arrangement; the mediator neither advises farmers nor negotiates on behalf of either them or their creditor(s). In the first type of application, mediation ends when the stay of proceedings is terminated. Different restrictions apply in the second type of application. In particular, if the administrator of the process believes that the farmer or most of the creditors refuse to participate in good faith in the mediation, or that the farmer and most of the creditors will not reach agreement, then he or she can direct that the mediation be terminated. Mediation is also terminated on the signing of an arrangement between the farmer and any creditor.

Every secured creditor intending to enforce a remedy against a farmer's property or to commence any proceeding or action, execution or other proceeding for the recovery of a

debt, the realization of any security, or the taking of any of the farmer's property is required to give the farmer written notice of this and to advise him or her of the right to make an application under the *Farm Debt Mediation Act*. This notice is required at least 15 business days prior to taking any of the acts described.

During Parliamentary examination of Bill C-38, some commentators criticized the proposed process because it would not apply to farmers in financial difficulty, as had been the case under the *Farm Debt Review Act*. A Farm Consultation Service, however, is available as a complementary program to the *Farm Debt Mediation Act*. It provides confidential financial management counselling to farmers.

The Minister of Agriculture and Agri-Food undertakes a review of the operation of the Act every three years, and tables a report on the review before the Senate and the House of Commons. The most recent report was tabled on 13 June 2001 for the period of 1998 to 2000. There is no statutory Parliamentary review of the Act.

APPENDIX B: THE EVOLUTION OF INSOLVENCY LEGISLATION IN CANADA WITH PARTICULAR REFERENCE TO THE *BANKRUPTCY AND INSOLVENCY ACT*

A. The Early Years

Canada's first federal insolvency statute was enacted by Parliament in 1869 with the passage of *An Act Respecting Insolvency*. This legislation covered voluntary and involuntary bankruptcies, provided for compositions and applied only to traders. Although the law was revised and consolidated in a new Act, the *Insolvent Act of 1875*, the legislative provisions did not have the intended effects and the law was repealed in 1880. Thereafter, for almost four decades Canada lacked a general bankruptcy law in force throughout Canada.

The situation changed with the 1919 *Bankruptcy Act*, which was modelled on the English statute of 1914. Major changes were not made, however, until three decades later, when a new *Bankruptcy Act* was passed in 1949. Nevertheless, some amendments were made during the 1919 to 1948 period. For example, in 1932 the Act was amended to establish the position of the Superintendent of Bankruptcy, and provision was made for the licensing of trustees.

B. The 1949 *Bankruptcy Act*

Legislation was introduced in 1949 to amend the *Bankruptcy Act* in order to attain several objectives:

- to provide a system of summary administration for small estates;
- to permit a debtor to offer, and creditors to accept, a proposal without the debtor going into – or being put into – bankruptcy;
- to clarify the priorities given to various classes of claims when distributing the debtor's assets; and
- to increase creditor control over a bankrupt's estate by vesting, in the creditors and inspectors, responsibilities and obligations for which they were previously required to resort to the Court.

Royal Assent was given in December 1949.

C. The 1966 Amendments

When amendments to the *Bankruptcy Act* were introduced in 1966, they were viewed as interim measures designed to address the most pressing issues, pending complete revision of the legislation. In particular, the *Bankruptcy Act* was amended in order to:

- provide more adequate means of addressing fraud connected with bankruptcies;
- enable the dissemination of information about bankruptcies so that creditors could better assess the credit rating of prospective clients;
- enable the Courts to review transactions that might not fall within what might be called "moral business practices;"
- tighten provisions related to proposals to give creditors better protection and to prevent a proposal from being used as a stalling device that would allow a debtor to dissipate his or her assets;
- require bankrupts to deposit, with their trustee for the benefit of creditors, a certain proportion of their salaries, wages or other remuneration;
- expand provisions dealing with offences by trustees; and
- prevent a bankrupt corporation from applying for a discharge.

The legislation received Royal Assent in July 1966.

D. The 1970s, Legislative Inertia and a Focus on Wage Earner Protection

A number of insolvency-related initiatives occurred in the 1970s, beginning with the publication of the report of the Tassé Committee. Formed in 1966 as the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation, the Committee's task was to undertake an in-depth study of Canadian insolvency law. In its report, the Committee recommended that a completely new bankruptcy and insolvency statute be enacted that would establish an integrated and comprehensive system. The Committee believed that a new statute was needed in light of the economic and social changes that had occurred since the enactment of the *Bankruptcy Act* in 1949. The 113 recommendations made by the Committee focussed on such areas as: measures to facilitate the payment of debt; "the last resort solution;" liquidation outside bankruptcy; crime and the protection of the credit system; administrative issues; and the Courts. As well, an area for change identified in the Tassé Report was super priority status for unpaid wage claims up to $2,000, binding secured and general creditors.

Bill C-60 – intended to implement the recommendations of the Tassé Report – was introduced in the House of Commons on 5 May 1975 and, after first reading, was referred to

the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. Following its study, the Committee recommended 139 changes to Bill C-60, and the Bill was permitted to lapse. One area in which the Committee recommended change was unpaid wage claims.

On 21 March 1978, Bill S-11 was introduced in the Senate. It contained 128 of the amendments to Bill C-60 that had been recommended by the Senate Committee. Although second reading occurred on 4 April 1978, the Bill was not passed. It was, however, re-introduced as Bill S-14 on 27 February 1979 and progressed to second reading before it died on the Order Paper when Parliament was dissolved on 26 March 1979.

Finally, Bill S-14 was re-introduced in the Senate on 8 November 1979 as Bill S-9. Following first reading, it too died on the Order Paper on 13 December 1979.

E. The 1980s and a Continued Focus on Wage Earner Protection

In 1980, the Committee on Wage Protection in Matters of Bankruptcy and Insolvency, chaired by Raymond Landry, was asked to make recommendations on wage protection. The Committee's report, published in October 1981, concluded that – in the absence of complete and accurate data on the number and value of unpaid wage earner claims – it was unable to determine the severity of the problem of unpaid wages. The limited evidence available did, however, indicate the existence of a problem.

In its report, the Landry Committee noted that the United Kingdom, France, West Germany, Belgium and Denmark had wage earner protection schemes, and recommended the same for Canada. In its view, however, a permanent legislative solution could not be drafted until the size of the problem had been determined and until federal and provincial/territorial policies had been coordinated. Consequently, the Committee recommended an interim three-year solution during which up to $1,000 in unpaid wages would be paid out of the Consolidated Revenue Fund.

On 16 April 1980, Bill C-12 was introduced in the House of Commons and was referred to the House of Commons Standing Committee on Finance, Trade and Economic Affairs following second reading. The Bill died on the Order Paper when Parliament was dissolved during the Committee's hearings, which did not begin until 1983.

Bill C-17, which was essentially the same as Bill C-12 except for the addition of technical amendments, was introduced in the House of Commons on 31 January 1984. Although additional amendments were tabled on 28 May 1984, the Bill died on the Order Paper after second reading. With respect to unpaid wage claims, the Bill provided that a claim for wages up to $4,000 would rank in priority over the claims of all secured creditors. The idea of a wage protection fund lacked support because of the absence of statistical data on the cost and the possibility that it would provide a disincentive to employers to pay wages on time.

In March 1985, the Minister of Consumer and Corporate Affairs established an Advisory Committee comprised of trustees and lawyers to examine the bankruptcy system, assess

possible reforms and recommend legislative amendments. The Committee's report – known as the Colter Report – was released in January 1986. The Report made 122 recommendations for change in such areas as: wage earner protection; receivers and secured creditors; commercial reorganizations; suppliers of merchandise; consumer bankruptcies and arrangements; preferred claims; farmers and fishers; securities firms, insurance companies and financial institutions; international insolvencies; estate administrative matters; and directors' and officers' liabilities.

With respect to wage earner protection, the Colter Report advocated the establishment of a fund, financed by employer and employee contributions, which would make certain payments to employees whose employers had been either declared bankrupt or put into receivership; payments would be made, to a maximum of $2,000, for wages and commissions, vacation pay and pension benefits, although amounts due as severance payments would remain as unsecured claims.

Following the release of the Colter Report, in September 1986 the Department of Consumer and Corporate Affairs released a discussion paper on amendments to the *Bankruptcy Act*, and provided a number of recommendations based on the findings of the Colter Report and on its consultations with stakeholders and the provinces/territories. In 1988, the Department released *Proposed Revisions to the* Bankruptcy Act, in which it proposed reforms in eight areas. This approach involved reform of certain key aspects of the law rather than the presentation of a completely new statute with far-reaching reforms.

The Department's report also addressed the issue of unpaid wage claims, but differed somewhat from the recommendations made in the Colter Report. In particular, the Department proposed that the program be financed by the federal government rather than by employer and employee contributions; it did, however, support the recommendation made in the Colter Report regarding a maximum monetary limit, although the extent to which unpaid wages and vacation pay would be covered differed between the proposals.

Finally, the issue of unpaid wages was also addressed in the March 1989 *Report of the Advisory Council on Adjustment* – also known as the de Grandpré Report – which examined adjustment issues arising as a consequence of the Canada-United States Free Trade Agreement. As part of its examination of employment issues in an age of globalization, the Report recommended amendments to the *Bankruptcy Act* that would create a national wage earner protection fund that would cover up to $4,000 in unpaid amounts owing to employees for wages, vacation pay, pension and benefit premiums, and severance pay. In the event that the fund was not created, the Report recommended that the federal government enact legislation, on an expeditious basis, to ensure that wage earner claims would have priority over all other claims in the disposition of assets of an insolvent employer.

F. Bill C-22: The 1992 Changes

Bill C-22 was introduced in the House of Commons on 13 June 1991 and its provisions came into force on 30 November 1992. The Bill was designed to:

- achieve a better balance between the rights of various categories of creditors as well as between the rights of creditors and debtors;
- enable individuals and businesses to reorganize their financial affairs in an effort to avoid bankruptcy; and
- make the laws more effective, less costly and easier to apply.

Principal areas of reform contained in the Bill included:

- wage claims, although this proposal was subsequently withdrawn;
- secured creditors and receivers;
- commercial reorganizations;
- consumer proposals, including mandatory counselling in order to receive a nine-month unconditional discharge;
- Crown claims and priorities;
- protection for unpaid suppliers; and
- technical amendments.

The Bill also introduced the concept of insolvency into the title of the legislation, and required Parliamentary review after three years.

G. Bill C-5: The 1997 Changes

Anticipating the three-year statutory review that had been included in the 1992 *Bankruptcy and Insolvency Act* (BIA), the federal government established the Bankruptcy and Insolvency Advisory Committee, comprised of government and private sector representatives, to examine various areas of bankruptcy law and to make recommendations for change. Many of the Committee's recommendations were included in Bill C-5.

Introduced in the House of Commons on 4 March 1996, Bill C-5 was essentially the same as Bill C-109, which had been introduced in the House of Commons on 24 November 1995 but died on the Order Paper following first reading.

As introduced in the House of Commons, Bill C-5 proposed to amend the BIA with respect to:

- the licensing and regulation of bankruptcy trustees;
- the liability of trustees for environmental damage and claims;
- the liability of directors and stays of action against directors during reorganizations;
- compensation for landlords where leases are disclaimed in a reorganization proposal;
- procedures in consumer proposals;
- consumer bankruptcies;
- the dischargeability of student loan debt;
- Workers' Compensation Board claims;
- codification of requirements for bankrupts to contribute part of their income to the bankruptcy estate;
- international insolvencies; and
- securities firm insolvencies.

The Bill also proposed amendments to the *Companies' Creditors Arrangement Act* (CCAA) in order to align more closely the provisions of the CCAA and the BIA. It did not, however, address such issues as the rights of unpaid suppliers and a wage earner protection fund.

After consideration in the House of Commons, the Bill was studied in the Senate by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. In February 1997, the Committee issued a report on the Bill and recommended a number of amendments; Bill C-5, as amended, received third reading in the Senate in February 1997. On 15 April 1997, the House of Commons concurred in the Senate amendments, and the Bill received Royal Assent on 25 April 1997. Provisions came into force in September 1997 and April 1998.

H. Bill C-36: Student Loan Debt

Bill C-36, An Act to implement certain provisions of the budget, was introduced in the House of Commons on 24 February 1998 and proposed amendments to the *Bankruptcy and Insolvency Act*, among other Acts. As part of a package of changes related to the financing of post-secondary education – which included provisions related to interest relief – the Bill proposed that student loan debt not be dischargeable where bankruptcy occurs within ten years after the completion of studies; prior to this change, the period was two years.

I. The Current Insolvency Process: Consumers

At present, individuals who find themselves with an unmanageable debt burden have several options available to help them return to financial health. For example, these individuals might consider: a debt consolidation loan; an informal proposal with creditors; or, in some provinces/territories, a Consolidation Order setting out the amount and times when payments are due to the Court, which then distributes payments to creditors on behalf of the debtor. In Quebec, the Voluntary Deposit scheme – or Lacombe Law – is similar to a Consolidation Order.

In addition to these options, an insolvent debtor may consider bankruptcy or the making of a proposal. In order to meet the definition of insolvency, the individual must: owe at least $1,000 and be unable to meet his or her debts as they are due to be paid; have ceased paying his or her current obligations in the ordinary course of business as they generally become due; or have property the aggregate of which is not, at a fair market valuation, sufficient to enable payment of all of his or her obligations due.

Under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, a trustee or an administrator may file a consumer proposal, which is a proposed agreement between the debtor and his or her creditors whereby the parties agree that the debtor will pay off a portion of his or her debt, that the time period over which the debt will be paid will be extended, or that some combination of both of these will occur; in essence, it involves restructuring the payment obligations. The trustee is required to provide the creditors with a report on the affairs of the debtor, the causes of the financial difficulties, and an estimate of what the creditors would realize under a bankruptcy as compared with the amount offered under the proposal.

Two types of proposal are possible: a consumer proposal where the debtor's aggregate debt, excluding debt secured by a principal residence, does not exceed $75,000 and the proposal includes a maximum five-year debt repayment scheme; or a proposal, available as an option for individuals regardless of their level of indebtedness and for corporations. If creditors fail to accept the first type of proposal, the debtor is not automatically bankrupt; with the second type of proposal, however, failure by the creditors to accept the proposal results in the debtor becoming bankrupt.

In order for a proposal to be acceptable to creditors, it must generally be the case that they would be better off – as a result, for example, of quicker distribution, lower administrative costs, a higher level of payment or a more certain outcome of issues – than they would be if the debtor were to become bankrupt. Thus, since 1992 when the option of consumer proposals was added to the BIA, proposals have been seen by many as a win-win situation: creditors gain because they are better off than they would be if the debtor were bankrupt, and the debtor avoids bankruptcy. The growth of proposals as an alternative to bankruptcy has been particularly rapid since 1997, although one might have expected relatively rapid growth following the enactment of the proposal option in 1992.

If creditors vote in favour of a proposal – which requires that the proposal be approved by at least 66.6% in dollars and 50% plus one in number of eligible creditors who vote – then it

is approved by the Courts and is a contract that is binding on all creditors. The debtor retains control of his or her assets, except where the proposal stipulates otherwise.

In the event of a debtor's bankruptcy – whether it occurs voluntarily or, more rarely, as a result of creditors asking the Court to order that a person is bankrupt – certain property is exempt from seizure. The range and value of exempt property varies across provinces/territories, although apparel, household furnishings, one vehicle, professional tools and books, and medical devices are generally exempt to certain limits. Funds in registered pension plans and life insurance Registered Retirement Savings Plans are also exempt. Assets held by the bankrupt or acquired by the bankrupt during the period of bankruptcy that exceed these exemptions vest with the trustee, who will dispose of the non-exempt assets for the benefit of the bankrupt's creditors.

Individuals who are bankrupt for the first time receive an automatic discharge after nine months, provided the creditors, the Superintendent of Bankruptcy or the trustee do not oppose the discharge and the bankrupt has undergone mandatory counselling; with the 1992 amendments to the BIA, Canada became the first country to make financial counselling mandatory prior to an unconditional discharge. The discharge cancels the bankrupt's debts, with certain exceptions, including child support payments, alimony payments, Court-imposed fines and student loan debts if the bankruptcy occurs within ten years after the completion of studies. The bankruptcy remains on the individual's credit record for six years.

J. The Current Insolvency Process: Corporations

Insolvent corporations have a number of options, including reorganization or bankruptcy. Reorganization can occur under either the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Companies' Creditors Arrangement Act,* although a $5 million debt threshold must be met if the corporation elects to proceed under the CCAA.

In the case of reorganization, a trustee files a proposal with the organization's creditors, who are more likely to accept a proposal if they are better off with the reorganization of the business than they would be if the company were to become bankrupt. Proposals for reorganization typically involve the organization paying off only a portion of its debts and/or paying its debts over a longer period of time, or both. This circumstance is viewed as a potentially win-win situation: the organization remains in business, workers continue to be employed, and creditors both retain a customer and receive at least a portion of the moneys owed to them.

The trustee must provide creditors with a report on the financial affairs of the company, the causes of the organization's financial difficulties and an estimate of the amount creditors would realize under a bankruptcy as compared with the amount being offered under the reorganization proposal. The proposal must include provision to pay both employee source deductions outstanding within six months after Court approval, and outstanding wages and

vacation pay owed to employees and former employees, up to a maximum of $2,000 each, immediately after Court approval.

Organizations can be placed into bankruptcy through a number of circumstances: a creditor petitioning the company into bankruptcy (a Court proceeding); the company's directors filing an assignment of the company; defeat of a proposal at the meeting of creditors; refusal of the Court to ratify a proposal which had been approved by the creditors; or annulment of a proposal as a result of non-performance. In these circumstances, a trustee acquires control of the organization's assets that remain following enforcement by secured creditors and liquidates them for the benefit of unsecured creditors.

APPENDIX C:
THE REPORT BY INDUSTRY CANADA

In the *Report on the Operation and Administration of the* Bankruptcy and Insolvency Act *and the* Companies' Creditors Arrangement Act (hereafter, the IC report or the report), Industry Canada presents the issues raised and conclusions reached during its consultations with stakeholders in three areas: administrative policy issues; commercial insolvency issues; and consumer insolvency issues.

A. Administrative Policy Issues

In general, stakeholder comments on administrative policy issues focussed on the needs of the Office of the Superintendent of Bankruptcy (OSB) in order to administer the system effectively, and on impediments that can be removed or minimized.

1. Volume, Access and Funding

The IC report notes the continued growth in the number of insolvency files in recent decades, and questions whether preventive approaches should be adopted to halt this trend and to encourage debtors to adopt credit management practices that would reduce the likelihood of insolvency.

It also suggests that, because of the costs associated with entering into bankruptcy, low-income debtors may be unable to access the system. In particular, if a trustee believes that it may be difficult to collect the fees for services rendered, he or she may require an advance or security as a condition of accepting the assignment; this situation could be a barrier to access for some debtors. Nevertheless, the Bankruptcy Assistance Program established by the Office of the Superintendent of Bankruptcy (OSB) facilitates access, since trustees voluntarily provide services at no charge to debtors unable to afford the services of a trustee. The IC report questions whether universal access to bankruptcy services should be redefined, with new measures to ensure access, or whether access should cease to be seen as a right.

Moreover, the report notes that, since becoming a Special Operating Agency, the OSB depends on income generated by its operations to fulfill statutory obligations. The Office must ensure compliance with the *Bankruptcy and Insolvency Act* (BIA) within its budgetary limits, which is increasingly difficult with a rising number of files received each year. A number of options exist for increasing OSB funds, including the identification of new bases of revenue and higher fees. Also mentioned in the IC report is the contribution that new

technology can make in enhancing the efficiency of the system for all users; almost 80% of the Office's services are currently available electronically and all services are likely to be available electronically by 2004, which means that there are limited opportunities for cost savings in this area. Nevertheless, amendments to the BIA may be required to provide more clearly for electronic transactions.

2. The Debtor Compliance Program

In order to prevent abuse and maintain the public's trust in the integrity of the insolvency system, an effective program is needed to ensure debtor compliance with the BIA; the need may be particularly acute in light of growing caseloads, more complex cases and increasingly scarce resources. The IC report questions whether the BIA should be modernized and reviewed to determine if certain offences would be better addressed through civil and/or administrative remedies, rather than through criminal proceedings.

3. Regulatory Supervision of Reorganizations under the *Companies' Creditors Arrangement Act*

Unlike the BIA, the *Companies' Creditors Arrangement Act* (CCAA) is not subject to any administrative supervision and there is no centralized public record of CCAA reorganizations. Consequently, it is difficult to assess – in any meaningful or verifiable manner – the extent to which reorganization plans are effective and to which the CCAA's provisions are being applied and administered consistently; one consequence of this lack of supervisory process could be reduced trust by lenders and investors. Moreover, the monitors appointed to monitor the affairs and finances of a business during its reorganization are not bound by rules of professional conduct and are not subject to qualification requirements.

In light of the social and economic importance of reorganizations under the CCAA and the increasing frequency with which they occur, the IC report questions whether a supervisory regime would be appropriate in order to provide: a national and public registry; mechanisms to address complaints; the power to intervene in Court proceedings; and licensing requirements for monitors.

4. Regulatory Supervision of Receiverships

According to some stakeholders, the provisions in the BIA that govern receiverships have not been effective and are not being used in the manner intended. The provisions apply when a secured creditor or its agent – a receiver – takes possession of all or substantially all

of the assets of a business to realize them for the secured creditor's benefit. The IC report notes a number of deficiencies with these provisions, including the definition of "receiver," a restrictive interpretation of the provisions by common law Court, and inadequate penalties for those who do not comply with the provisions.

5. Consolidation of Insolvency Statutes

As part of its examination of corporate insolvency issues, the IC report addresses the concept of whether the BIA and the CCAA should be integrated. Here, the concept is presented as an administrative policy issue rather than a corporate insolvency concern because integration of the statutes could involve Superintendent of Bankruptcy oversight over the merged law.

The IC report notes that the existence of these separate insolvency statutes is a consequence of historical circumstances, and indicates that stakeholders hold various opinions about whether the BIA and the CCAA should be merged and, if so, to what extent. It also comments on the lack of data regarding the use and application of the CCAA, which limits meaningful debate on the issue.

B. Commercial Insolvency Issues

Stakeholders identified a range of commercial insolvency issues during the consultation process. While they were able to reach consensus on some issues – including securities firm bankruptcies, the *Winding-up and Restructuring Act*, financial market issues, and trustee liability for successor employer obligations and pension claims – other issues remained unresolved because of significant or extreme differences of opinion among stakeholders. The unresolved issues included: wage earner and pension protection; Debtor-in-Possession (DIP) financing; unpaid supplier rights; adoption of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency; contractual rights; integration of the BIA and the CCAA; director liability; sanctions for director and officer conduct detrimental to creditors; and transfers at undervalue and preferences.

1. Compensation Protection: Wages and Pensions

The extent to which the wage and pension income of employees is protected in insolvency proceedings is a longstanding concern in Canada, and while some wage protection has existed since 1949, the issue has been examined repeatedly since the 1970s. The IC report describes the various legislative and other proposals that have been discussed over time to protect wages, including: preferred-claim status and the maximum amount that is

appropriate; super priority protection; a wage protection fund financed by some combination of employers, employees and the Consolidated Revenue Fund; and protection through the employment insurance system. It raises questions about the distributional effects of compensation protection, and about the impact of such measures on economic activity and efficiency as well as on credit availability and cost.

Moreover, the IC report identifies concerns about the extent to which existing protection for unpaid contributions to – and unfunded liabilities of – pension plans is adequate and, if inadequate, how the protection might be improved. At the present time, Ontario is the only jurisdiction that provides funded protection for pension claims, although bankruptcy legislation tabled in the 1970s and 1980s, as well as a number of advisory committees, have commented on such issues as priority for pension claims and the establishment of a fund to cover pension claims.

2. Debtor-in-Possession Financing

Debtor-in-Possession (DIP) financing assists insolvent businesses that need financing in order to reorganize; since this type of lending is usually risky, lenders may require that they have priority over other secured creditors. The BIA and the CCAA are silent on the issue of DIP financing, although Canadian judges – using their inherent jurisdiction – have authorized such financing in CCAA cases.

The IC report notes concerns by stakeholders about whether DIP financing should: have a legislative basis; be imposed on creditors without further defining the circumstances under which it is warranted; and rank ahead of existing creditors. Another concern is that insolvent companies – which may have financial and management difficulties – may not succeed even with DIP financing, a situation that would result in even greater loss than would otherwise be the case. The absence of data regarding the success of reorganizations under the CCAA – and the role that DIP financing may play in that success – limits meaningful debate on this issue.

3. The Rights of Unpaid Suppliers

Stakeholders have concerns about the effectiveness of the protection for unpaid suppliers, or the "30-day goods rule," which has existed in the BIA since 1992. In particular, the IC report identifies concerns about: the fact that the 30-day recovery period begins on the date of delivery rather than the date of the debtor's initiation of bankruptcy; the limitation requiring that recovery be limited to goods that are in the same state as when they were delivered; and the application of the provisions to the supply of goods but not of services.

4. Cross-Border Insolvencies

UNCITRAL – the United Nations Working Group on Insolvency Law – has recommended that countries adopt, as part of their domestic insolvency law, its Model Law on Cross-Border Insolvency. Adoption of the Model Law in Canada would involve replacing parts of the BIA adopted in 1997 in response to increasing globalization and the rising number of insolvencies that are international in nature. The IC report notes that adoption of the Model Law would assist international harmonization efforts regarding the treatment of international insolvencies, with more uniform interpretation of rules and easier administration of international insolvencies.

The IC report reflects stakeholder questions about whether: Canada should adopt a reciprocity provision if it adopts the Model Law; adopting the Model Law could reduce the number of insolvency cases heard in Canada; the Model Law should be adopted as written, or adopted with modifications; and Canada should adopt select Model Law features and add them to existing provisions in the BIA.

5. Contractual Rights

The IC report questions whether – and, if so, the extent to which and in what circumstances – insolvency law should intervene in private contracts in order to ensure fair distribution or maximization of value in an insolvency, recognizing that contracts contain terms negotiated in good faith and reflective of risks. The report notes stakeholder concerns about whether: secured creditors should be temporarily stayed from enforcing their rights in bankruptcy; the BIA requires rules governing leases; and existing intellectual property rights reflect the competing interests of various parties.

Allowing intervention in contractual rights is likely to affect contractors' expectations, reduce predictability, lower certainty in contracting and increase risk. The report suggests that, in this context, the benefits of intervention should be assessed against the costs of such intrusion. Situations cited in the report to illustrate the desirability of continuing a contract include: allowing a trustee to use leased premises for a period of time while assets are being evaluated and liquidated; and the continued use of software under licence that may be integral to a business. While it may be the case that "valuable" contracts should be allowed to survive, creditors and debtors may not always agree on which contracts are "valuable."

6. Directors: Liability and Sanctions

On the issue of directors' liability, the IC report questions whether existing rules in this area strike the appropriate balance between attracting competent directors and creating a sufficient obligation to ensure that they act diligently in the performance of their duties.

While federal and provincial/territorial laws provide that directors are exposed to personal liability for a number of corporate debts, in most cases they have access to due diligence or good faith defences; in other cases, however, they are subject to absolute liability and have no defence.

The report notes that reduced exposure by directors to personal liability could encourage competent individuals to accept positions as directors, and to remain as directors when their companies are insolvent. Nevertheless, reduced exposure would lower the incentive for directors to ensure that payments are made to wage earners and others protected by directors' liability provisions. A number of options for reform are presented, including: placing directors' liability for wages directly in the BIA, with a due diligence defence; allowing directors to be exonerated from liability for claims arising in the period immediately prior to or after insolvency proceedings are commenced; and focussing efforts on identifying – and taking action against – wrongdoing by directors, but otherwise allowing them to be blameless in insolvencies.

The IC report also comments on sanctions for director and officer conduct detrimental to creditors. There is some concern about whether the existing sanctions for inappropriate conduct are properly balanced with ensuring diligent performance while encouraging competent persons to act as directors, and about whether sanctions are effectively enforced. At the present time, directors may be held personally liable for failure to consider creditors' interests when their companies become insolvent.

Although the report notes that recent case law has resulted in directors and officers taking fewer risks in their efforts to revive insolvent companies, it questions whether director disqualification provisions might be effective in identifying incompetent directors and reducing abuse; such provisions could, however, be costly to enforce effectively and could have negative implications for the recruitment of competent individuals to serve as directors and decision making by them. The report identifies a prohibition on asset rollovers as a provision that might promote integrity in the bankruptcy system, but also notes such potential disadvantages as reduced returns and interference with the reallocation of resources to their most efficient uses. Finally, the possibility of replacement of directors by the Courts was raised.

7. Transfers at Undervalue and Preferences

The IC report questions whether the BIA's current provisions regarding transfers at undervalue and preferences should be modernized and made more comprehensive, since they have remained almost unchanged since the 1919 *Bankruptcy Act* and are generally thought to be unusable. In some cases, the transfers may be fraudulent; in all cases, they occur at the expense of other creditors. Since provincial/territorial legislation governing commercial transactions has been used to address questionable transactions, the report suggests that the fragmentation that currently exists is both confusing and inefficient; a

solution might be the inclusion of provincial/territorial provisions in federal insolvency legislation to form a single, comprehensive regime.

Moreover, the report notes that fraud and intent are difficult to prove, and may involve both costly and lengthy litigation. To resolve this problem, legislation could focus on the result of the transaction, rather than the intent underlying it. This solution is not, however, without problems, particularly for creditors who are more diligent in collecting payments owed to them and for third parties who negotiate a favourable deal immediately prior to a reorganization or insolvency.

8. Bankruptcy by Securities Firms

In 1997, provisions were added to the BIA to enact a regime governing bankruptcies by securities firms. Part of this regime provides a mechanism to override the trust relationship between a securities firm and its customers, and enables almost all securities and cash held by a bankrupt firm to be pooled and distributed *pro rata* among customers, with only "customer name securities" given to customers who own them. The IC report suggests that technical amendments are needed to clarify certain issues that have arisen during recent bankruptcies of securities firms.

9. Application of the *Winding-up and Restructuring Act*

During Industry Canada's consultations with stakeholders, the question of whether the *Winding-up and Restructuring Act* (WURA) should be restricted to financial institutions in situations of insolvency was raised. The IC report notes that, with the availability of the BIA, there is perhaps no reason to allow insolvent companies that are not financial institutions to use the WURA. Moreover, limiting the application of the WURA to financial institutions helps to maintain both the integrity of the system and consistent treatment of companies having a similar purpose.

10. Exemptions for Securities Commissions and Exchanges

Financial regulators – such as securities commissions and exchanges – have expressed concerns about their ability to carry out their regulatory duties in light of reorganization-related stays of proceedings, which have been held to apply to them. The IC report notes broad stakeholder support for the notion that regulatory agencies be exempted from stay provisions. This exemption would enable them to take action against a company that is conducting itself inappropriately, particularly at a time when their control and supervision roles may be most critical.

11. Protection for Trustees against Liability as Successor Employers

The IC report suggests that the standard of liability assumed by a trustee that takes on the role of successor employer should be re-examined. In particular, trustees, receivers and other insolvency administrators who take on this role may be held personally liable for some obligations of a bankrupt or insolvent debtor, including wage, vacation, severance, termination and pension claims, even if the obligations were unknown to them when they accepted the position of trustee, receiver or administrator.

There is some concern that individuals may not be prepared to accept these positions if the risks associated with successor employer obligations are too great. Moreover, they may not be able to assess the risks adequately and quickly when they first accept the positions. The IC report proposes that limits on exposure to liability would encourage individuals to accept such positions, although it would give employees and pensioners fewer options for recourse and would thereby shift the risk from the trustee, receiver or administrator to employees and pensioners.

C. Consumer Insolvency Issues

A range of consumer insolvency issues were identified by stakeholders in the Industry Canada-sponsored consultations, and consensus was reached on a number of concerns, including consumer liens, the growth in consumer bankruptcies, student loans and wage assignments. Significant or extreme differences of opinion, however, existed among stakeholders with respect to: federal exempt property; exemptions for Registered Retirement Savings Plan (RRSPs) and Registered Education Savings Plans (RESPs); reaffirmation agreements; the streamlining of summary administration; the enforcement of security on a bankrupt's household property; and mandatory counselling.

1. Federal Exempt Property and Exemptions for RRSPs and RESPs

At the present time, provinces/territories are responsible for determining the property that is exempt from seizure in bankruptcy; this responsibility, which they have had since 1919, exists with respect to both the nature and the value of the property. Consequently, exempt property varies across Canada. This variability may be of concern, since exemptions play an important role in ensuring that bankrupts receive a fresh start. While some believe that a list of federal exempt property would ensure equitable treatment of bankrupts across Canada, those who support a list of provincial/territorial exempt property suggest that these more accurately reflect local realities and the cost of living.

The IC report notes the suggestion made about an optional list of federal exempt property, periodically adjusted to reflect changes in the cost of living. According to this proposal, bankrupts would be able to select either the list of federal exempt property or the applicable list of provincial/territorial exempt property upon filing for bankruptcy; allowing this choice would not, however, necessarily achieve consistent treatment of exempt property across the country. Other options noted include: a list of federal exempt property as a minimum standard that would apply when provincial/territorial standards were lower; and a list of federal exempt property to replace existing lists of provincial/territorial exempt property. The notion of monetary limits – whether in a list of federal or provincial/territorial exempt property – received support during Industry Canada's consultations.

Regarding Registered Retirement Savings Plans, the IC report notes that certain retirement savings vehicles – including registered pension plans, locked-in RRSPs and life insurance RRSPs – are exempt from seizure in bankruptcy. Other vehicles – including non-locked-in RRSPs held by banks, brokerages or in self-directed accounts – are not, however, exempt. Stakeholders have suggested that, for reasons of equity, all retirement savings vehicles should be treated in the same manner; from this perspective, non-insurance RRSPs should be exempt from seizure in bankruptcy if they are locked in.

The IC report identifies arguments against this treatment of non-insurance RRSPs: it would reduce returns to creditors; RRSPs can be used for reasons unrelated to retirement; and RRSP holders currently have the option of protecting their RRSPs through the purchase of life insurance RRSPs. Nevertheless, a specified number of options for change are identified in the report: exempt RRSPs provided they are locked in and only available at retirement; ensure that contributions made by the debtor in a specified number of years before bankruptcy would not be exempt from seizure; stipulate that income from an RRSP payable following retirement would be treated as income and subject to surplus income standards; impose a cap on the exemption, bearing in mind the bankrupt's age and the maximum RRSP contribution limit available in the year of bankruptcy; and no exemption for RRSPs, since they are identical to other investments.

A final exemption raised in the IC report's examination of consumer insolvency issues is the treatment of Registered Education Savings Plans. In particular, the report questions whether amounts contributed to an RESP should be exempt from seizure if the person in whose name the account is held becomes bankrupt. At the present time, bankruptcy by the plan holder results in the existing balance being seized to pay creditors and in the contributions made by the federal government being returned to the government.

The main issue regarding RESPs appears to be the balance between the fairness of exempting another asset from seizure in bankruptcy, and thereby reducing the returns to creditors, and the promotion of education in the public interest. The IC report also notes the concern that additional exemptions and prioritizing of claims reduce the fundamental premise on which Canadian insolvency law has been drafted: the fair and efficient redistribution of assets. The parallel between RESPs and RRSPs – and the public interest in both – was identified. Stakeholders have suggested options similar to the proposals for RRSPs, including: locking-in requirements and a clawback of contributions made in the

previous year. Another proposal was for RESPs to meet the formal requirements of a trust, which would make the funds exempt from seizure, although the flexibility of the plans would be reduced.

2. Reaffirmation Agreements

The IC report identifies concerns by stakeholders about whether reaffirmation agreements, which re-establish a debt that has been discharged by bankruptcy, should be legal; at present, such agreements are not regulated by the BIA. Some stakeholders believe that the existence of these agreements undermines the fresh start principle, although it may be the only means by which a bankrupt can obtain credit.

One proposal noted in the report would disallow reaffirmation agreements concerning unsecured transactions, but would allow some payments under two circumstances: if approved by the Official Receiver or the Court or made voluntarily to a relative, and in respect of secured transactions in limited circumstances. Another proposal identified in the report is a prohibition on reaffirmation agreements in all circumstances, which would support the fresh start principle but perhaps affect the availability and cost of credit; it would also prohibit such agreements even in situations where reaffirmation might be in the best interest of both parties.

3. Summary Administration

For debtors with limited assets and a modest income, simplified procedures for consumer bankruptcies might be desirable. Historically, Canadian insolvency legislation was designed to resolve bankruptcies by companies, and a streamlined process for debtors with limited assets was not available until 1949 when summary administration provisions were added to the *Bankruptcy Act*. At present, these provisions apply to non-corporate bankruptcies with realizable assets no greater than $10,000. The IC report notes that the process, nevertheless, is still relatively complex; moreover, with consumer bankruptcies rising – particularly among debtors with few or no assets and low income – it would be efficient to process these cases as quickly and inexpensively as possible.

Options for reform suggested by stakeholders include: modifying the process to eliminate procedures that add no value; allowing creditors, the Office of the Superintendent of Bankruptcy and trustees to get involved in bankruptcies selectively; and performing select administrative tasks only if requested by creditors. With such changes, however, there would be a need to ensure that the integrity of the system is protected and abuse is prevented; one means for achieving these goals might be to delay discharge for up to three years.

4. Household Property

The IC report questions whether the current provision allowing the enforceability of security agreements on a debtor's household property following bankruptcy should be changed. In most provinces/territories, creditors can take, as security, the personal property found in a debtor's home. There is a concern that, in the event of bankruptcy or insolvency, creditors could take advantage of the debtor's desire to keep this property by demanding – and obtaining through the threat of seizure – more than the property is worth.

Some stakeholders believe that the provisions allowing this practice result in bankrupt individuals and their families being abused. One proposal identified in the report would make all non-purchase money security interests granted by the debtor against exempt personal property unenforceable in bankruptcy and proposals; it would also enhance protection for assets that are exempt from seizure and require a secured creditor to pay the exempt amount to the debtor prior to enforcement. A suggestion has also been made that motor vehicles might be treated differently than other household belongings. Limitations on security interests in household furnishings could, however, affect the availability of credit for the purchase of these assets.

5. Mandatory Counselling

Since amendments to the BIA in 1992, mandatory counselling has been required for first-time bankrupts before receiving an automatic discharge from bankruptcy; counselling is also required for debtors making consumer proposals. The IC report suggests that counselling is beneficial in a number of ways and appears to have had only a limited impact on operating costs, with the result that creditors are not being unduly disadvantaged by the fact that counselling is financed by the bankrupt's estate.

Nevertheless, some believe that counselling should be optional and at the discretion of the debtor, the trustee or the Office of the Superintendent of Bankruptcy. Others have suggested more counselling, earlier counselling and counselling as a requirement in all cases. The notion of a comprehensive education program on personal finance for youth was also identified in the report.

Those who are opposed to mandatory counselling have argued that it occurs too late in the process, with the result that it is not effective, and that bankruptcy is often the result not of financial mismanagement but instead of such situations as business failure, job loss or change in marital status.

6. Consumer Liens

At present, consumers who place deposits with vendors for goods or services, but who do not receive those goods or services as a consequence of bankruptcy by vendors, are unprotected by the law. As unsecured claims, these consumers have few opportunities for recovery; in the majority of cases, they do not view themselves as creditors and did not intend to incur any risk.

The IC report notes that a consumer lien would increase the likelihood of recovery for these consumers, although it would give statutory protection to a specific group of creditors at the expense of other creditors and might affect the availability of credit. The report also presents the relatively weaker option of giving such consumers preferred status, behind secured creditors but ahead of claims by ordinary creditors; any negative effects on credit availability would likely be smaller with this option. Alternatively, this issue could be resolved through provincial/territorial commercial/consumer legislation, although constitutional issues might be raised where a provincial/territorial law of this nature purports to be applicable in a bankruptcy.

7. Student Loans

Amendments to the BIA in 1998 provide that any outstanding student debt and interest owing on those debts will not be discharged by bankruptcy should the debtor become bankrupt while a student or within ten years after completing his or her studies; prior to this change, the restriction was two years after the completion of studies. The amendment occurred as a consequence of the 1998 federal Budget, which made several changes to the federal student assistance program and provided students with an incentive to take advantage of relief measures as an alternative to bankruptcy.

The IC report questions whether this ten-year restriction on the ability of bankrupt students to obtain a discharge should be modified. Stakeholders believe that the restriction is too harsh and unfair, and that student loans should be treated in the same manner as other consumer debt. Options for change include reducing the ten-year period to five years and/or making student loan debt a preferred claim but still discharged by the bankruptcy.

8. Wage Assignments

Wage assignments, which are permitted in some provinces, are a form of security for consumer loan granted by credit unions in which the collateral is a portion of the future wages of the debtor. With amendments to the BIA in 1992, assignments of future or existing wages made before bankruptcy do not apply to post-bankruptcy wages, with the result that other creditors are receiving moneys that previously were received by the credit

unions; prior to the change, wage assignments were enforceable against wages earned after bankruptcy but before discharge.

The IC report notes that some stakeholders would like the effectiveness of wage assignments to be restored; this view is held particularly by those in the financial community. It suggests, however, that the fresh start principle may be undermined if the collateral in a wage assignment consists of a substantial portion of the debtor's future earnings, and that the availability of wage assignments reduces the amounts available to other creditors since surplus income would likely fall. Nevertheless, such assignments may be the only collateral available to the debtor. As well, since wage assignments reduce the risk for credit unions, the availability and cost of credit may be positively affected.

APPENDIX D:
AN INTERNATIONAL PERSPECTIVE ON INSOLVENCY LAW

A. The United States

In the United States, the *Bankruptcy Reform Act* of 1978 – commonly referred to as the *Bankruptcy Code* – is the major bankruptcy statute. Since it became effective in November 1979, it has been amended a number of times, including by the *Bankruptcy Amendments and Federal Judgeship Act* of 1984, the *Bankruptcy Judges, United States Trustees, and Family Farmer Bankruptcy Act* of 1986 and the *Bankruptcy Reform Act* of 1994. Chapter 11 of the *Bankruptcy Code* is the major insolvency procedure, and is often used in preference to Chapter 7. Chapter 11 involves reorganization, while Chapter 7 involves liquidation and is used mostly by those wishing to free themselves of debt; as well, Chapters 12 and 13 involve reorganization.

A voluntary petition for bankruptcy can occur under Chapters 7, 11, 12 or 13, although involuntary petitions – which involve a petition by creditors – are limited to Chapters 7 and 11. Most Chapter 11 actions involve corporate debtors and are voluntary; insolvency is not required for a Chapter 11 filing to be initiated. Reorganizations can also occur under Chapter 12 – which applies to farmers – and Chapter 13 – which is typically used by consumer debtors with regular income. While insolvent consumers can file under Chapter 7 only once every six years, there is no limit on the number of times they can file under Chapter 13, provided the pre-established percentages of debt have been repaid.

Unlike a number of other developed countries, except Canada, during reorganizations under Chapter 11 the company usually retains control and management functions, subject to certain restrictions. The Court must approve any disposals outside of the normal course of business, and provision is made for the appointment of a trustee and/or an examiner by the Court, although it rarely occurs. Proceedings under Chapters 12 and 13 typically involve the appointment of a trustee to supervise the debtor's assets, although the debtor retains control of them.

Under reorganization, the debtor – whether a consumer or a corporation – is required to present any debt reorganization proposal to class meetings of creditors, and those whose rights have been impaired by the proposal are permitted to vote. As well, the proposal must be approved by the Court, which considers fairness criteria and must be satisfied both that the proposal is feasible and that dissenting creditors will receive at least as much under the proposal as they would if the company were liquidated. The Court may disregard a creditors' vote rejecting the proposal, and instead confirm it if it determines that creditors

would be treated fairly. In Chapter 13 filings, the maximum period of debt adjustment is five years.

Chapter 7 proceedings – which can be initiated voluntarily or by creditors – require the appointment of a trustee who seizes the non-exempt property of the debtor, liquidates the assets and distributes the proceeds to creditors; the *Bankruptcy Code* establishes the priority of creditors' interests.

As well, the *Bankruptcy Code* contains federal exemptions, although individual states are free to establish their own exemptions and can preclude their residents from using the federal exemptions. If their state of residence has not established its own exemptions and has not precluded its residents from using the federal exemptions, the bankrupt can choose to apply either the state or the federal exemptions.

In particular, the federal exemptions include:

- a homestead consisting of real property, to a maximum value;
- alimony and child support payments;
- pension and retirement benefits;
- household goods and furnishings, to a maximum value;
- health aids;
- jewellery, to a maximum value;
- lost earnings payments;
- a motor vehicle, to a maximum value;
- personal injury compensation payments, to a maximum value;
- wrongful death and crime victims' compensation payments;
- public assistance, social security, unemployment compensation and veterans' benefits;
- trade tools, to a maximum value;
- property, to a maximum value; and
- other exemptions related to insurance policies.

Exemptions vary relatively widely from state to state, which means that debtors are subject to significantly different treatment depending on their state of residence.

A bankruptcy proceeding ends when the Bankruptcy Court enters a discharge order regarding dischargeable debts. This action generally occurs no later than six months after the debtor files the bankruptcy petition, and coincides with the expiration of the time fixed for filing a complaint objecting to discharge and the time fixed for filing a motion to dismiss the case for substantial abuse. A complaint may be filed by a creditor, the trustee or the

United States trustee; the filing begins a lawsuit, referred to as an "adversary proceeding," in which the objecting party bears the burden of proof. A discharge can be revoked under certain circumstances. The bankruptcy remains on the debtor's credit record for up to ten years. Finally, a discharged debtor may voluntarily repay any debt that has been discharged.

At present, comprehensive bankruptcy reform legislation is before Congress. Proposed Chapter 15 of the legislation would enact, insofar as possible, the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. As currently drafted, proposed Chapter 15, like the Model Law itself, contains no reciprocity requirement.

B. The United Kingdom

In the United Kingdom, insolvent debtors have a number of options available to them, including: administration orders; individual voluntary arrangements; and bankruptcy. An administration order may occur where a creditor(s) obtains a Court judgment against a debtor who has no more than £5,000 in debt. Administration is a Court-based procedure whereby the debtor makes regular payments to the Court for payment to creditors.

With an individual voluntary arrangement, the debtor makes a formal proposal to creditors to pay his or her debts in whole or in part. The debtor applies to the Court for an interim order and selects an authorized insolvency practitioner; the practitioner presents the Court with the details of the proposal and an indication of whether a meeting of creditors should be convened to consider the proposal. If more than 75% in value of the creditors who vote are in favour of the proposal, then the proposal is accepted and is binding on all creditors who are entitled to vote. The insolvency practitioner then supervises the arrangement and pays the creditors in accordance with the proposal.

The Court will make a bankruptcy order after a bankruptcy petition has been presented by the debtor or by one or more unsecured creditors who are owed £750. An Official Receiver – who is an officer of the Court – is responsible for administering the bankrupt's estate and acts as trustee unless an insolvency practitioner is appointed; as a consequence, he or she examines the bankrupt's financial affairs prior to and during the bankruptcy, and reports to the Court and to creditors.

With certain exceptions, the Official Receiver/Trustee controls the bankrupt's assets – subject to exemptions – and disposes of them, with the proceeds used to pay the fees, costs and expenses of the bankruptcy as well as creditors. There are two broad categories of exemptions: one for the property required to earn a living, the other for household possessions needed to meet basic needs. In particular, the exemptions – which contain no limits on value, but rather allow the trustee to determine the value based on individual and family situation – are:

- tools, books, vehicles and other equipment needed for the bankrupt's personal use in employment, business or vocation; and

- clothing, bedding, furniture, household equipment and provisions needed to satisfy basic domestic needs of the bankrupt and his or her family.

Moreover, the trustee generally cannot claim a pension as an asset if the bankruptcy petition was presented on or after 29 May 2000, provided the pension scheme has been approved by the Inland Revenue; trustees can claim some kinds of pensions for petitions presented before that date. The trustee can usually claim any interest the bankrupt has in a life assurance policy. Moreover, the trustee may apply to the Court for an income payments order which would require the bankrupt to make contributions to the bankruptcy debt from his or her income until the discharge from bankruptcy; such an order would not be made if it would leave the debtor without sufficient income to meet his or her reasonable domestic needs and those of his or her family.

At present, discharge from bankruptcy generally occurs automatically after three years, although if the bankruptcy order refers to a certification of summary administration – where a bankrupt has filed his or her own petition and the unsecured debts are less than £20,000 – the discharge occurs after two years; if the order is cancelled, discharge is automatic. These provisions will change as a consequence of the *Enterprise Act 2002*, as indicated below. Nevertheless, if the bankrupt has not fulfilled his or her duties under the bankruptcy proceedings, the Official Receiver may apply to the Court for the discharge to be postponed. As well, discharge is currently not automatic if the bankrupt has been an undischarged bankrupt at any time during the previous 15 years; however, the bankrupt may apply to the Court for discharge any time after five years from the date of the current bankruptcy order, and the Court may refuse or delay the discharge or grant it conditionally. The *Enterprise Act 2002* will also change this provision.

In the United Kingdom, companies in financial distress have a number of options: administration; Company Voluntary Arrangements; receivership; liquidation; and dissolution. Since 1985, there have been two forms of rescue procedure for organizations. An administration order – a Court order – can be made by petition of the company's directors, the company itself or creditors. It must be demonstrated that the company is – or is nearly – insolvent, and that one or more of four purposes would be served by the order, one of which is related to the Company Voluntary Arrangement procedure introduced in 1985; the other three are: survival of the company as a going concern; a Court-sanctioned composition or arrangement; or there is likely to be a better realization of assets than would be the case with a liquidation.

The Company Voluntary Arrangement was conceived as a compromise procedure whereby a debtor company could make a proposal to creditors, and an independent insolvency practitioner would report to the Court on the viability of the proposal. The Court has the discretion whether to make an administration order.

Finally, the *Enterprise Act 2002* – designed to enhance enterprise and productivity – made relatively significant changes to insolvency law in parts of the United Kingdom. The changes related to individual insolvency will come into force on 1 April 2004, while corporate insolvency changes have been in effect since 15 September 2003. While most of

the provisions will apply throughout the United Kingdom, the bankruptcy reforms related to discharge will apply in England and Wales only, and the corporate insolvency reforms do not apply in Northern Ireland.

One area of change is automatic discharge from bankruptcy; people made bankrupt on or after 1 April 2004 will receive an automatic discharge after one year, rather than the current two- or three-year period. Moreover, for those who have been an undischarged bankrupt at any time in the previous 15 years, a discharge will occur at the earlier of: 1 April 2009 or a date ordered by the Court; bankrupts may apply to the Court for discharge five years after the date of their present bankruptcy order and if this date is before 1 April 2009, they may apply to the Court to be discharged then. Regarding corporate insolvency, the *Enterprise Act 2002* abolishes the Crown's preferential right to recover certain unpaid taxes ahead of other creditors and provides that unsecured creditors will share in essentially 20% of the proceeds of the liquidation of debenture security (inventory and accounts receivable), to a maximum of £600,000.

C. Australia

In Australia, the *Bankruptcy Act 1966* addresses personal bankruptcy and alternative arrangements with creditors, while the *Corporations Law* deals with corporate insolvencies. Although this latter statute is uniform across the country, for constitutional reasons state and territorial statutes have been enacted.

Options available to insolvent consumers who are unable to pay their debts as they are due to be paid include:

- under Parts IX and X of the *Bankruptcy Act*, debtors can enter into arrangements with creditors that may involve payment of less than the full amount of debt, a moratorium on payments of debt, transfers of property to one or more creditors in full or partial payment of debt, or periodic payments to creditors out of the debtor's income; or
- debtors can have their estate administered in bankruptcy, whether the bankruptcy occurs voluntarily or – more rarely – involuntarily pursuant to a creditor's petition.

A Part IX debt agreement requires that the debtor:

- not have been bankrupt, used a debt agreement or given an authority under Part X of the *Bankruptcy Act* in the previous ten years;
- have after-tax income of less than approximately A$50,000;
- have unsecured debts of less than approximately A$67,000; and

- have property not exempt under bankruptcy valued at less than approximately A$67,000.

Options available under Part X arrangements include:

- a deed of assignment, pursuant to which a debtor assigns all divisible property for the benefit of creditors;
- a composition, pursuit to which creditors accept repayment over time or partial payment in full satisfaction; or
- a deed of arrangement, pursuant to which the debtor repays debts, either in whole or in part, but in a manner that does not fall within the definition of either a composition or a deed of assignment.

In most situations, after-acquired property is unaffected and the debtor is under no obligation to make contributions from income to creditors.

To avoid bankruptcy, a debtor may enter into alternative arrangements with his or her creditors and may present a proposal at a meeting of creditors. To conclude an arrangement that is binding on all creditors with provable debts, the proposal must be approved by a majority in number and at least 75% in value of the creditors who vote at the meeting.

Low-income debtors with limited – if any – property, few creditors, low viability and financial resources too low to enable them to take advantage of a deed of assignment, a deed of arrangement or a composition because of an inability to meet set up costs, can enter into a debt agreement provided they meet asset, liability and after-tax income stipulations. With this procedure, the debtor submits a proposal and a Statement of Affairs to the Official Trustee. After determining that the debtor meets the eligibility requirements for this process, the Official Trustee advises creditors of the proposal, provides them with a summary of the debtor's Statement of Affairs and allows the creditors to vote on the proposal. The degree of acceptance required for the debt agreement to be binding is a majority in number and at least 75% in value of the creditors who vote on the proposal.

A debtor who voluntarily seeks bankruptcy presents a debtor's petition to an Official Receiver together with a Statement of Affairs providing his or her personal details as well as details of his or her assets, liabilities and income. The debtor becomes a bankrupt when the petition is accepted, and the Official Receiver becomes the trustee, unless the debtor nominates a private registered trustee.

Involuntary bankruptcy involves the presentation of a creditor's petition in the Federal Court or the Federal Magistrates Court. This action requires that the following circumstances be met: an act of bankruptcy within the previous six months; a specific jurisdictional link with Australia; and a liquidated sum of A$2,000 owed by the debtor to the creditor. At the hearing of the petition, the creditor is required to prove: the matters stated in the petition; the service of the petition; and the outstanding nature of the debt owed. The

Court has discretion in deciding whether to make a sequestration order, which is an order making a person or persons bankrupt.

A bankrupt receives automatic discharge from bankruptcy three years after the date on which the Statement of Affairs is filed, unless an objection is lodged; for example, a trustee's objection may prolong bankruptcy by as much as five years under certain circumstances. The bankrupt may be able to apply for an early discharge six months after the filing date, although this provision applies only to bankruptcies registered with the Official Receiver prior to 5 May 2003. Bankrupts with relatively high incomes must make contributions to their bankrupt estates from their income, with the amount determined on the basis of net income after tax and any child support. Creditors are prohibited from recovering money from a bankrupt, other than secured creditors with whom the bankrupt has made an arrangement to retain secured property, such as might occur with a mortgage.

Australia makes provision for exempt property in the case of bankruptcy, and these exemptions are uniform throughout the country; Australia does not have inter-state differences with respect to exemptions, either in type or value. Principal exemptions include:

- property held by the bankrupt in trust for another person;
- the bankrupt's household property, to reasonable limits given current social standards or that is exempted under regulations or by agreement of the creditors;
- property used by the bankrupt in earning income, to a prescribed limit or as increased by creditors or the Court;
- property used by the bankrupt primarily for transportation, to a prescribed limit or as approved by creditors;
- prescribed interests in life or endowment assurance and in regulated superannuation funds or approved deposit funds;
- compensation for personal injuries and property purchases with such protected money; and
- amounts paid to the bankrupt as loan assistance for rehabilitation, household or re-establishment support under a variety of state and federal rural support schemes.

Insolvent companies have a number of options: a Court-sanctioned arrangement; appointment of a receiver or other controller; voluntary administration; winding-up/liquidation; or provisional liquidation. Since mid-1993, Australia has had a voluntary administration procedure by which a company or its directors can initiate the procedure, and secured creditors with charges over all – or substantially all – of the assets may initiate the appointment of an administrator. Once appointed, the administrator controls the company's business, its property and its affairs, and acts as the company's agent. He or she must hold a meeting of creditors, and creditors will meet to decide the company's future; the

creditors will receive a report about the business and its property, affairs and financial circumstances, as well as an assessment of whether it would be in the creditors' interests for the company to execute a deed of company arrangement, for the company to be wound up or for the administration to end.

In September 2002, the Attorney General of Australia announced that the government would conduct a comprehensive review of Part X of the *Bankruptcy Act 1966*, which provides a mechanism for debtors to reach arrangements with creditors without becoming bankrupt. The review was initiated in response to concerns that some debtors are abusing the provisions. Conducted by the Insolvency and Trustee Service Australia (ITSA) – which is responsible for the administration and regulation of the personal insolvency system – and the Attorney General's Department, in consultation with the Bankruptcy Reform Consultative Forum, the ITSA released an issues paper describing proposed legislative changes for public comment.

The Bankruptcy Legislation Amendment Act Bill 2002 was introduced in order to address concerns that the system was biased toward the debtor, to correct unfairness and anomalies, and to streamline the administration of bankruptcies by trustees. In particular, the Bill was designed to:

- give Official Receivers the discretion to reject a petition made by a debtor where it appears that, within a reasonable period of time, the debtor could pay all debts listed in his or her Statement of Affairs and that the petition is an abuse of the system, or where the debtor has been bankrupt previously – on his or her own petition – either at least three times in all or at least once in the previous five years;
- abolish early discharge from bankruptcy;
- make it easier for trustees to lodge objections to a person's discharge from bankruptcy and make it harder for bankrupts to sustain challenges to objections;
- make clear that a bankruptcy can be annulled by the Court whether or not the bankrupt was insolvent when the petition for bankruptcy was accepted; and
- increase the income threshold for debt agreements.

Amendments to the *Bankruptcy Act 1966* and regulations came into effect on 5 May 2003, and increased the debt agreement threshold to more than a A$50,000 (after taxes), thereby increasing the number of debtors eligible to participate in debt agreements.

D. New Zealand

In New Zealand, bankruptcy and insolvency are addressed primarily through the *Insolvency Act 1967* (personal insolvency), the *Companies Act 1993* (corporate liquidations) and the

Receiverships Act 1993 (corporate receiverships). The *Corporations (Investigations and Management) Act 1989* may be used in situations where the government wishes to place a complex group of companies into statutory management. The New Zealand Insolvency and Trustee Service – through the office of Official Assignee (Ministry of Commerce) – is the only agency with authority to administer personal bankruptcies, and the High Court has jurisdiction over all insolvency matters.

New Zealand insolvency law provides a number of options to individuals in financial difficulty, including:

- a creditors' pool, where all of the debtor's creditors agree to receive payment in reduction of debt through regular instalments;
- a compromise with creditors, where an agreement is reached regarding payment of a portion of debt in full settlement;
- a Summary Instalment Order, which involves an order by a District Court Judge that allows a person with debts less than a certain amount to pay those debts in regular instalments without further legal action being taken while the order is in force; and
- bankruptcy, which can be initiated either by the debtor or by the creditor.

A debtor who selects bankruptcy as the preferred option files a Debtor's Petition with the High Court; alternatively, bankruptcy can be initiated by the creditor applying to the High Court, which then must decide if the debtor should be declared bankrupt on the basis of evidence supplied by the creditor and the debtor (or his or her representative). The Official Assignee, an officer of the High Court, is trustee and must administer equitably and independently the affairs of the bankrupt, with the non-exempt assets sold and the proceeds distributed fairly among the creditors; he or she may also provide for rehabilitation of the bankrupt, if appropriate.

Exempt assets include furniture and personal effects, money, and tools of a tradesperson's trade, up to a maximum amount in each case. The Official Assignee will decide whether the debtor will retain his or her vehicle, with that decision based on the vehicle's value and the debtor's personal circumstances. As well, life insurance policies become the property of the Official Assignee and may be surrendered for the benefit of creditors, and superannuation policies with a surrender value may also be included. Bankrupts remain responsible for a number of debts, including Court-imposed fines, maintenance payments and child support obligations.

In general, the bankrupt will receive an automatic discharge on the third anniversary of his or her bankruptcy, although an application may be made to the High Court for an earlier discharge. The Official Assignee or a creditor may, however, object to a discharge or seek a conditional discharge; in the event of an objection to an automatic discharge, the High Court will decide the date of discharge. Finally, bankrupts may apply for an annulment of bankruptcy, which would involve the High Court cancelling the bankruptcy order; this

situation may occur if: the bankruptcy order should not have been made; all of the debtor's debts, fees and expenses of bankruptcy have been paid in full; or creditors accept a composition.

In terms of corporate bankruptcy, there are several means by which a company may be put into liquidation: by a special resolution of the organization's shareholders; by the company's board of directors when an event specified in the constitution has occurred; or by the Court, on application of the company, a director, a shareholder or a creditor. A liquidator is appointed who then has custody and control of the organization's assets. A report indicating the company's assets and liabilities is prepared and provided to creditors, and the assets are sold for the benefit of those creditors who have lodged a claim in the liquidation. A dividend is paid to creditors in the order of priority given in the *Companies Act 1993*.

In May 1999, New Zealand launched a review of insolvency law in order to:

- provide a predictable, simple regime that: can be administered quickly and efficiently; imposes the minimum necessary compliance and regulatory costs on users; and does not stifle innovation, responsible risk taking and entrepreneurship by excessively penalizing business failure;
- distribute the proceeds to creditors consistent with their relative pre-insolvency entitlements, unless the public interest requires otherwise;
- maximize returns to creditors;
- enable bankrupt individuals again to participate fully in the economic life of the community; and
- provide international cooperation in relation to cross-border insolvency.

Public discussion documents were released beginning in February 2001, and since that time the Ministry of Economic Development has indicated that the law will be changed in a number of areas. In particular, the following initiatives have been announced:

- continued responsibility by the state for bankruptcy administration;
- a business rehabilitation system, which will resemble that which operates in Australia and will provide an alternative to liquidation through which a debtor organization or individual can reach a binding arrangement with creditors;
- as an alternative to bankruptcy, a "no asset" procedure for low-income debtors with limited – if any – realizable assets;
- criminal penalties to be imposed on directors who have acted in bad faith to defeat creditors' legitimate interests;
- increases in the maximum amount to which employees will be entitled – for unpaid wages, salary and vacation pay – in the event of insolvency by their

employer and the introduction of redundancy payments as an employee entitlement;

- an increase in the cap for Summary Instalment Orders; and
- adoption of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency.

It is anticipated that, following public consultation on draft legislation, the changes will become law no later than 2004.

APPENDIX E:

Witnesses and Submissions:

Advocis
- Mr. Steve Howard, CA, President and Chief Executive Officer (Wednesday, May 14, 2003)
- Mr. Edward Rothberg, General Counsel (Wednesday, May 14, 2003)

Alberta Law Reform Institute
- Professor C. R. B. (Dick) Dunlop, Special Counsel (Thursday, September 18, 2003)
- Mr. Peter J. M. Lown, Director (Thursday, September 18, 2003)

Mr. Ryan Bailey
- Manager - Government Relations and Regulatory Affairs, Ontario Society of Professional Engineers (Submission)

Mr. David E. Baird, Q.C.
- Counsel, Torys LLP (Thursday, September 25, 2003)

Professor Douglas Barbour
- Department of English, University of Alberta (Submission)

Me Hélène Beaulieau
- Barrister and Solicitor (Submission)

Professor Vaughan Black
- Professor of Law, Dalhousie University (Submission)

Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals
- Mr. Larry Prentice, Chair CAIRP, Trustee in bankruptcy, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professionals) and CA-CIRP (CA specialist in insolvency and restructuring) (Thursday, May 8, 2003)
- Mr. Jean-Yves Fortin, President, IIC, Lawyer (Thursday, May 8, 2003)
- Mr. Andy Kent, IIC Board member, Lawyer (Thursday, May 8, 2003)
- Mr. William Courage, Vice-Chair CAIRP, Trustee in bankruptcy, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professionals) and CA-CIRP (CA specialist in insolvency and restructuring) (Thursday, May 8, 2003)
- Mr. Alan Spergel, Co-Chair CAIRP – Personal Insolvency Practice Committee, Trustee in bankruptcy, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professional) and CA-CIRP (CA specialist in insolvency and restructuring) (Thursday, May 8, 2003)

Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals (Cont'd)

- Mr. Stéphane LeBlond, Vice-Chair CAIRP – Personal Insolvency Practice Committee, Trustee in bankruptcy, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professional) and CA (Thursday, May 8, 2003)
- Mr. George Lomas, member of IIC Personal Insolvency Committee, Trustee in bankruptcy, FCA, FCIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professional) and CA-CIRP (CA specialist in insolvency and restructuring) (Thursday, May 8, 2003)

Canadian Alliance of Students Associations

- Mr. Rob South, Government Relations Officer (Wednesday, May 14, 2003)

Canadian Bankers Association

- (Submission)

Canadian Bar Association

- Mr. David F. W. Cohen, Chair, National Bankruptcy and Insolvency Law Section (Wednesday, June 4, 2003)
- Mr. Robert A. Klotz, Executive Member and Past Chair, National Bankruptcy and Insolvency Law Section (Wednesday, June 4, 2003)
- Mr. E. Patrick Shea, Member, National Bankruptcy and Insolvency Law Section (Wednesday, June 4, 2003)
- Mrs. Tamra L. Thomson, Director, Legislation and Law Reform, Canadian Bar Association (Wednesday, June 4, 2003)

Canadian Federation of Independent Business

- Mr. Garth Whyte, Executive Vice President (Wednesday, October 1, 2003)
- Mr. André Piché, Director, National Affairs (Wednesday, October 1, 2003)

Canadian Federation of Students

- Mr. Michael Conlon, Director of Research (Wednesday, May 14, 2003)

Canadian Labour Congress

- Mr. Hassan Yussuff, Secretary-Treasurer (Wednesday, September 17, 2003)
- Mr. Bob Baldwin, Director, Social and Economic Policy (Wednesday, September 17, 2003)
- Mr. Murray Gold, Partner, Koskie Minsky (Wednesday, September 17, 2003)

CAW-Canada

- Mr. Lewis Gottheil, Counsel (Wednesday, September 17, 2003)

Consumers Association of Canada

- Mr. Mel Fruitman, President and Chief Executive Officer (Wednesday, September 17, 2003)

Consumers' Union

- Mrs. Hélène Talbot, Budget Counsellor, Canadian Tax Foundation (Wednesday, May 14, 2003)
- Mr. Luc Rochefort, Analyst, Policy and Legislation in Personal Budgeting, Credit and Debts (Wednesday, May 14, 2003)

Credit Counselling of Canada

- Mr. Pran Bahl, President (Wednesday, September 17, 2003)
- Mr. Pierre R. Ouellette, Executive Director (Wednesday, September 17, 2003)

Credit Union Central of British Columbia

- (Submission)

Professor R.C.C. Cuming

- Professor of Law, University of Saskatchewan (Submission)

Mr. Jean-Claude Delorme

- Chairman of the Management Advisory Board of the Office of the Superintendent of Bankruptcy (Thursday, September 25, 2003)

Ms. Viola Doucet

- (Wednesday, May 14, 2003)

Professor Elizabeth Edinger

- Associate Dean of Law, University of British Columbia (Submission)

Equifax Canada Inc.

- Mr. Mel Zwaig, President & Chief Executive Officer, Zwaig Consulting Inc. (Wednesday, October 1, 2003)
- Mr. E. Bruce Leonard, Cassels Brock & Blackwell LLP (Wednesday, October 1, 2003)
- Mr. David S. Ward, Cassels Brock & Blackwell LLP (Wednesday, October 1, 2003)

Mrs. Lori K. Gravestock

- Submission

Human Resources Development Canada

- Mr. Andrew Treusch, Assistant Deputy Minister, Human Investment Programs (Wednesday, October 1, 2003)
- Mr. Dave Cogliati, Director General, Canada Student Loans Program Directorate (Wednesday, October 1, 2003)

Industry Canada

- Marie-Josée Thivierge, Director General, Marketplace Framework Policy Branch (Wednesday, May 7, 2003)
- Marc Mayrand, Superintendent of Bankruptcy, Office of the Superintendent of Bankruptcy (Wednesday, May 7, 2003)
- Jim Buchanan, Senior Project Leader, Policy Sector (Wednesday, May 7, 2003)
- Dave Stewart, Senior Project Leader, Office of the Superintendent of Bankruptcy (Wednesday, May 7, 2003)

Insolvency Institute of Canada

- Mr. Larry Prentice, Chair CAIRP, Trustee in bankruptcy, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professionals) and CA-CIRP (CA specialist in insolvency and restructuring) (Thursday, May 8, 2003)

Insolvency Institute of Canada (Cont'd)

- Mr. Jean-Yves Fortin, President, IIC, Lawyer (Thursday, May 8, 2003)
- Mr. Andy Kent, IIC Board member, Lawyer (Thursday, May 8, 2003)
- Mr. William Courage, Vice-Chair CAIRP, Trustee in bankruptcy, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professionals) and CA-CIRP (CA specialist in insolvency and restructuring) (Thursday, May 8, 2003)
- Mr. Alan Spergel, Co-Chair CAIRP – Personal Insolvency Practice Committee, Trustee in bankruptcy, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professional) and CA-CIRP (CA specialist in insolvency and restructuring) (Thursday, May 8, 2003)
- Mr. Stéphane LeBlond, Vice-Chair CAIRP – Personal Insolvency Practice Committee, Trustee in bankruptcy, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professional) and CA (Thursday, May 8, 2003)
- Mr. George Lomas, member of IIC Personal Insolvency Committee, Trustee in bankruptcy, FCA, FCIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professional) and CA-CIRP (CA specialist in insolvency and restructuring) (Thursday, May 8, 2003)

Intellectual Property Institute of Canada

- Mr. John Baker, Immediate Past President (Wednesday, September 24, 2003)
- Mr. Warren Sprigings, Chairman of the Licensing Committee (Wednesday, September 24, 2003)
- Mr. Rodney Kyle, Member of the Licensing Committee (Wednesday, September 24, 2003)
- Mr. Michel Gérin, General Director (Wednesday, September 24, 2003)

International Insolvency Institute

- E. Bruce Leonard, Chairman (Wednesday, June 4, 2003)

Mr. Andrew J.F. Kent

- McMillan Binch LLP (Submission)

Mr. Robert A. Klotz

- Executive Member and Past Chair, National Bankruptcy and Insolvency Law Section, Canadian Bar Association (Wednesday, June 4, 2003) (Submission)

Mr. Bert van Leeuwen

- President, BVL Industrial Design Ltd. (Submission)

Mr. Bob van Leeuwen

- President, van Leeuwen Engineering Limited (Wednesday, June 4, 2003)

Mr. E. Bruce Leonard

- Chairman, International Insolvency Institute; Cassels Brock & Blackwell LLP (Wednesday, June 4, 2003 & Wednesday, October 1, 2003) (Submission)

Mrs. Nancy May

- (Submission)

Mr. Max Mendelsohn

- Chairman of the Firm and Head of the Reorganizations & Insolvency Group of Mendelsohn, G.P. (Thursday, September 25, 2003)

Mr. Brian P. O'Leary

- Burnet, Duckworth & Palmer LLP (Submission)

Omega One Ltd.

- Mr. Bob Gilmour, Manager, Asset Recovery, Sears Canada Inc. (Wednesday, May 14, 2003)
- Mr. John D. Owen, Principal (Wednesday, May 14, 2003)

Ontario Securities Commission

- (Submission)

Periodical Writers Association of Canada

- (Submission)

Personal Insolvency Task Force

- Mr. Saul Schwartz, School of Public Policy and Administration, Carleton University (Wednesday, September 24, 2003)
- Mr. Dave Stewart, Special Project Leader, Office of the Superintendent of Bankruptcy (Wednesday, September 24, 2003)
- Mrs. Guylaine Houle, Litwin Boyadjian Inc. (Wednesday, September 24, 2003)

Mr. Michael Petrasek

- Rights Manager, Playwrights Guild of Canada (Submission)

A.C. Poirier & Associates

- Mr. Paul A. Stehelin, Trustee in Bankruptcy (Wednesday, May 14, 2003)

Professor Iain D.C. Ramsay

- Professor of Law, Osgoode Hall Law School (Submission)

RESP Dealers Association of Canada

- Mrs. Doreen G. Johnston, Chairman, Securities Regulation (Wednesday, September 17, 2003)

Professor Janis Sarra

- University of British Colombia (Thursday, September 18, 2003)

Professor Thomas Telfer

- Associate Professor of Law, University of Western Ontario (Thursday, May 29, 2003)

United Steelworkers of America

- Mr. Lawrence McBrearty, National Director (Wednesday, September 17, 2003)

Professor Roderick J. Wood

- Professor of Law, University of Alberta (Submission)

Workers' Compensation Boards

- Mr. John Solomon, Chair, Saskatchewan Workers' Compensation Board (Thursday, May 15, 2003)
- Mr. Jim Lee, Chair, P.E.I. Workers' Compensation Board (Thursday, May 15, 2003)

Workers' Compensation Boards (Cont'd)

- Mr. Douglas Mah, General Counsel, Alberta Workers' Compensation Board (Thursday, May 15, 2003)
- Mr. Maurice Cloutier, General Counsel, Quebec Commission of Occupational and Health and Safety (Thursday, May 15, 2003)

Writers' Union of Canada

- Mrs. Marian Dingman Hebb, Counsel (Thursday, May 15, 2003)
- Mrs. Deborah Windsor, Executive Director (Thursday, May 15, 2003)

Professor Jacob Ziegel

- University of Toronto (Thursday, May 29, 2003)

Professor Keith Yamauchi

- University of Calgary (Wednesday, October 1, 2003)

LES DÉBITEURS ET LES CRÉANCIERS DOIVENT SE PARTAGER LE FARDEAU

Examen de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*

Rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce

Président
L'honorable Richard H. Kroft

Vice président
L'honorable David Tkachuk

Novembre 2003

This report is also available in English

Information regarding the Committee can be obtained through its web site:
www.senate-senat.ca/bancom.asp

Des renseignements sur le Comité sont disponibles sur le site :
www.senate-senat.ca/bancom.asp

Table des matières

Table des matières

Le Comité vi

Ordre de Renvoi viii

Recommandations ix

Chapitre 1

Introduction 1

Chapitre 2

Philosophie du Comité concernant la législation en matière d'insolvabilité 7

Chapitre 3

La législation en matière d'insolvabilité et sa justification 13

A. L'importance socio-économique des lois en matière d'insolvabilité 13

B. Ampleur et nature du problème 16

C. La Loi sur la faillite et l'insolvabilité 20

D. La Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies 22

Chapitre 4

Questions d'insolvabilité des particuliers

A. Biens insaisissables 23

B. Le cas des REER et des REEE 29

C. Ententes de réaffirmation 39

D. Administration sommaire 43

E. Sûretés autres qu'en garantie du prix d'achat à l'égard de biens personnels insaisissables 46

F. Crédit-conseil obligatoire 49

G. Privilèges des consommateurs 52

H. Prêts étudiants 55

I. Libération de faillite et traitement des personnes qui en sont à leur deuxième faillite 66
J. Versements de revenues excédentaires à l'actif du failli 69
K. Ententes volontaires pour effectuer des paiements après la libération 72
L. Non-libération des dettes associées à des achats par carte de crédit 75
M. Insolvabilité internationale 77
N. Remise de dette par l'Agence des douanes et du revenu du Canada 80
O. Clauses de plein droit 83
P. Évaluation du crédit 85
Q. Extinction par inadvertance de certaines réclamations visées par des Visées par des Propositions 89
R. Faillite et droit de la famille 92

Chapitre 5

Questions d'insolvabilité des entreprises

A. Protection de la rémunération: salaries et pensions 97
B. Financement du « débiteur-exploitant » 111
C. Droits des fournisseurs impayés 116
D. Insolvabilité dans un contexte international 123
E. Administrateurs: obligations et sanctions 130
F. Transferts à une valeur sous-estimée et préférences 134
G. Faillite de maisons de courtage 137
H. Marchés financiers 139
I. Responsabilité du spécialiste en insolvabilité: nouvel employeur 142
J. Contrats exécutoires 144
K. Cotisations à une commissions des accidents du travail 153
L. Séquestres provisoires 159
M. Entreprise en exploitation et vente d'actifs 161
N. Gestion 164
O. Approbation des plans 166
P. Priorités 168
Q. Insolvabilité d'autres entités 170

R. Impôt sur le revenu 173
S. Subordination des créances en titres participatifs 175
T. Tribunaux administratifs et suspension des procédures 178

Chapitre 6

Questions d'ordre administratif et procédural

A. Volume des affaires, accès au processus et financement du Bureau du surintendant des faillites 181
B. Consolidation des lois sur l'insolvabilité 188
C. Examen des lois sur l'insolvabilité 192
D. Des juges spécialisés 196
E. Questions de coût 199
F. Conflits d'intérêts 202
G. La définition du revenu 205
H. Définition de « débiteur consommateur » 209
I. Choix du syndic 212
J. Droits de vote des créanciers ayant un lien de dépendance 213
K. Dettes dont le failli n'est pas libéré par une ordonnance de libération 216

Chapitre 7

Conclusion 219

Annexe A:

La *Loi sur les liquidations et les restructurations* et la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* 221

Annexe B :

Évolution de la législation sur l'insolvabilité au Canada et notamment de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* 225

Annexe C :

Le rapport d'Industrie Canada 234

Annexe D :

Point de vue international sur la Loi en matière d'insolvabilité 249

Annexe E :

Témoins et mémoires 262

Le Comité

Les sénateurs suivants ont participé à l'étude :

L'honorable Richard H Kroft, C.M., président du Comité
L'honorable David Tkachuk, vice-président du Comité

et

Les honorables sénateurs :

W. David Angus
Michel Biron, C.M.
D. Ross Fitzpatrick
Céline Hervieux-Payettte, C.P.
James F. Kelleher, C.P.
E. Leo Kolber (ancien président du Comité)
Paul J. Massicotte
Michael A. Meighen
Wilfred P. Moore
Donald H. Oliver
Marcel Prud'homme, C.P.
Raymond C. Setlakwe, C.M. (retraité du Sénat le 3 juillet 2003)

Membres d'office du Comité :

Les honorables sénateurs Sharon Carstairs, C.P.. (ou Fernand Robichaud, C.P.) et John Lynch-Staunton (ou Noël A. Kinsella)

Autres sénateurs ayant participé, de temps à autre, à cette étude :

Les honorables sénateurs Maria Chaput, Leonard J. Gustafson, Pana Merchant et Madeleine Plamondon.

Personnel du Comité :

M. Yoine Goldstein, conseiller spécial du Comité, Associé, Goldstein, Flanz et Fishman;

Mme June M. Dewetering, analyste principale par intérim, Direction de la recherche parlementaire, Bibliothèque du Parlement;

M. Denis Robert, greffier du Comité, Direction des comités et de la législation privée, le Sénat.

Mme Kelly J. Bourassa, avocate, conseillère en politiques auprès du président

Mme Rhonda Walker, conseillère en politiques auprès du vice-président

Ordre de renvoi

Extrait des *Journaux du Sénat* du 29 octobre 2002 :

« L'honorable sénateur Kolber propose, appuyé par l'honorable sénateur Bacon,

Qu'en conformité avec les mesures contenues dans l'article 216 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et dans l'article 22 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce soit autorisé à étudier et à faire rapport sur l'application de la *Loi sur faillite et l'insolvabilité* et *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*; et

Que le Comité soumette son rapport final au plus tard le 19 juin 2003.

La motion, mise aux voix, est adoptée. »

Extrait des *Journaux du Sénat* du 15 mai 2003 :

« Reprise du débat sur la motion de l'honorable sénateur Kolber, appuyée par l'honorable sénateur Rompkey, C.P.,

Que la date de présentation du rapport final du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce au sujet de son étude sur l'application de la *Loi sur faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, autorisée par le Sénat le 29 octobre 2002, soit reportée au jeudi 18 décembre 2003.

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée. »

Paul Bélisle
Greffier du Sénat

Recommandations

L'insolvabilité chez les particuliers

Biens insaisissables

1. Que le règlement de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifié pour y ajouter une liste de biens insaisissables. Au moment où il dépose une déclaration de faillite, le débiteur serait tenu de choisir de se prévaloir soit de la liste fédérale, soit de la liste provinciale correspondant à son lieu de résidence. La valeur des biens figurant dans la liste fédérale des biens insaisissables serait corrigée annuellement en fonction de l'augmentation du coût de la vie telle qu'elle est mesurée par l'indice des prix à la consommation. (page 28)

Le cas des REER et des REEE

2. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée pour rendre insaisissables en cas de faillite les fonds investis dans un régime enregistré d'épargne-retraite, sous réserve des trois conditions suivantes : le régime enregistré d'épargne-retraite est immobilisé; les cotisations versées durant les 12 mois qui précèdent la faillite sont remises au syndic, qui les distribuera aux créanciers; et le montant des fonds insaisissables est assujetti à un plafond fixé par règlement et corrigé annuellement en fonction de l'augmentation du coût de la vie telle qu'elle est mesurée par l'indice des prix à la consommation. (page 35)

3. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée pour rendre insaisissables en cas de faillite les fonds investis dans un régime enregistré d'épargne-études, sous réserve des deux conditions suivantes : le régime enregistré d'épargne-études est immobilisé et les cotisations versées durant les 12 mois qui précèdent la faillite sont remises au syndic, qui les distribuera aux créanciers. (page 38)

Ententes de réaffirmation

4. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée pour interdire les réaffirmations de fait et les réaffirmations par convention expresse. (page 42)

Administration sommaire

5. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit révisée afin d'en éliminer toutes les conditions de procédure superflues et d'offrir aux parties à une faillite la possibilité – dans les limites du raisonnable – de choisir leur degré de participation, laquelle serait l'exception et non la règle. Il y aurait lieu en outre d'encourager l'exploitation des moyens de communication électroniques de manière à simplifier et accélérer les procédures entourant l'insolvabilité. (page 45)

Sûretés autres qu'en garantie du prix d'achat à l'égard de biens personnels insaisissables

6. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée afin d'interdire les sûretés autres qu'en garantie du prix d'achat à l'égard de biens personnels insaisissables. La définition des biens en question doit inclure les biens insaisissables destinés à être utilisés ou consommés par le débiteur et sa famille et doit englober les articles d'habillement, l'ameublement ménager et les véhicules appartenant au débiteur. (page 48)

Crédit-conseil obligatoire

7. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée afin de forcer les personnes qui font une première ou une seconde déclaration de faillite à suivre des séances de crédit-conseil pour bénéficier de la libération automatique possible après 9 mois et 21 mois respectivement. Les débiteurs qui soumettent une proposition de consommateur devraient eux-aussi être tenus de suivre des séances de crédit-conseil. Il faudrait examiner la nature des séances de crédit-conseil et le moment où elles sont données pour en vérifier l'efficacité. (page 51)

Privilèges des consommateurs

8. Que la question des privilèges des consommateurs continue de relever des lois provinciales et territoriales sur la protection des consommateurs. (page 54)

Prêts étudiants

9. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée afin de ramener à cinq ans suivant la fin des études à temps plein ou à temps partiel la période durant laquelle une personne ne peut obtenir de libération de ses dettes associées à des prêts étudiants. La Loi devrait en outre permettre au tribunal de confirmer la libération d'une partie ou de la totalité des dettes associée à des prêts étudiants avant l'échéance de cinq ans dans les cas où le débiteur peut montrer que le remboursement de sa dette ou d'une partie de sa dette lui fait subir des difficultés indues. (page 65)

Libération de faillite et traitement des personnes qui en sont à leur seconde faillite

10. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée afin que les personnes qui déclarent faillite pour la deuxième fois et qui ont suivi les séances obligatoires de crédit-conseil puissent bénéficier d'une libération automatique après 21 mois. Le surintendant des faillites, le syndic ou toute partie concernée devraient avoir le droit de faire opposition à la libération automatique, suivant la même procédure que dans le cas d'une première faillite, ce qui exige une audience de tribunal. (page 68)

Versement de revenus excédentaires à l'actif du failli

11. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée afin d'exiger que les faillis qui jouissent de revenus excédentaires les versent à leur actif pendant 21 mois. Les syndics devraient avoir la latitude de prescrire une période plus courte dans les cas où cette exigence causerait des difficultés indues. Le revenu excédentaire doit continuer d'être calculé suivant les directives du surintendant des faillites. La libération du débiteur ne doit pas être retardée simplement en raison de l'obligation de continuer de verser les

revenus excédentaires pendant 21 mois. Quand les circonstances l'indiquent, le syndic doit pouvoir solliciter un jugement sommaire pour exiger ces versements. (page 71)

Ententes volontaires pour effectuer des paiements après la libération

12. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée afin de permettre aux syndics de conclure des ententes de paiement volontaire avec les faillis qui ne jouissent pas de revenus excédentaires. Les droits à verser au syndic en vertu d'une telle entente ne doivent pas dépasser le montant minimal légal établi pour l'administration sommaire de faillites. (page 74)

Non-libération des dettes associées à des achats par carte de crédit

13. Que la question des achats de biens et de services de luxe ou non essentiels effectués par le débiteur juste avant la déclaration de faillite continue de faire l'objet soit d'une audience de libération soit d'une accusation de fraude. (page 76)

Insolvabilité internationale

14. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée pour reconnaître les effets d'une libération de dette ou d'une entente de règlement de dette accordée à l'étranger, sous réserve des conditions suivantes : le failli canadien résidant à l'étranger a des rapports réels et substantiels avec le pays étranger en question; la procédure étrangère est juste et ne porte pas préjudice aux créanciers; et le régime d'exemptions de saisie dont s'est prévalu le failli est analogue à ceux du Canada. (page 79)

Remise de dette par l'Agence des douanes et du revenu du Canada

15. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée afin de préciser que, pour les fins des propositions de consommateurs, la date de fin d'exercice pour l'impôt sur le revenu est la date à laquelle la proposition est déposée auprès du séquestre officiel. Pour les propositions commerciales, la date de fin d'exercice est celle des dates suivantes qui se présente la première : la date de

préavis de proposition ou la date de dépôt de la proposition auprès du séquestre officiel. En outre, il faudrait modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour veiller à ce que les dispositions sur les remises de dette énoncées à l'article 80 de la Loi ne s'appliquent pas aux particuliers qui déposent une proposition aux termes de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité.*

Clauses de plein droit

16. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée afin de préciser que les clauses de plein droit inscrites dans des contrats de fourniture de services essentiels ne sont pas exécutoires en cas de proposition de consommateur ou de faillite personnelle. (page 84)

Évaluation du crédit

17. Que le Bureau du surintendant des faillites prenne l'initiative de convoquer une réunion entre agences chargées d'octroyer du crédit, distributeurs de crédit, représentants des provinces et des territoires et toute autre partie pertinente, dans le but de négocier un régime de cote de crédit mutuellement acceptable. (page 88)

Extinction par inadvertance de certaines réclamations visées par des propositions

18. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de sorte qu'un débiteur insolvable ne soit pas réhabilité à l'égard des dettes et des engagements visés par l'article 178, à moins que le créancier concerné n'y consente expressément et en toute connaissance de cause. (page 91)

19. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de sorte :

- **que la faillite n'empêche pas un demandeur de recouvrer le montant total des arriérés au titre de la pension dus par un conjoint failli;**
- **qu'il soit explicite que seules les ordonnances de tribunaux faites en vertu de l'article 68 de la Loi priment par rapport à l'obligation de verser une pension au conjoint et aux enfants à même le revenu du failli pendant la période de la faillite;**
- **que la faillite ne suspende ni n'éteigne de réclamation au titre de l'égalisation ou de la division de l'actif exempté en vertu des lois provinciales ou territoriales pertinentes;**
- **que soient exclus des biens transmis au syndic le droit de poursuivre le conjoint du failli en vue de l'égalisation ou de la division des biens en vertu de lois provinciales ou territoriales sur les biens matrimoniaux, et**
- **que soit ajoutée, aux dettes non éteintes par la faillite, une dette au titre de l'égalisation ou de la division des biens visés par les lois provinciales ou territoriales sur les biens matrimoniaux, si la dette est attribuable à une dilapidation ou une dissimilation malveillantes ou frauduleuses des biens par le failli. (page 96)**

Insolvabilité des entreprises

Protection de la rémunération : salaires et pensions

20. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de telle sorte que les créances au titre des salaires et des indemnités de vacances découlant de la faillite d'un employeur soient remboursables à concurrence du moindre des deux montants suivants : 2 000 $ ou la somme due pour une période de paie, par employé. Le remboursement de ces créances serait assuré grâce à l'octroi d'une superpriorité par rapport aux créances garanties au titre des stocks et des comptes débiteurs qui aurait préséance sur les créances garanties. Les créanciers garantis pourraient être subrogés dans les droits des employés à l'égard des administrateurs. (page 106)

21. Que la *Loi sur l'insolvabilité et la faillite* ne soit pas modifiée en ce qui concerne le traitement des créances relatives aux pensions de retraite. (page 110)

Financement du « débiteur-exploitant »

22. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soient modifiées de façon à permettre le financement des débiteurs-exploitants. Les tribunaux devraient obtenir le pouvoir de statuer que le privilège du prêteur qui assure ce type de financement a priorité sur d'autres intérêts prioritaires qu'ils peuvent préciser. En outre, tout créancier garanti touché par cette priorité devrait être prévenu de l'audience du tribunal au cours de la quelle on entend autoriser la création d'une superpriorité ayant préséance sur sa propre créance. Au moment d'autoriser un prêt à un débiteur-exploitant, le tribunal serait tenu de tenir compte des sept facteurs énumérés dans le rapport remis en mars 2002 par le Groupe de travail conjoint sur la réforme du droit en matière d'insolvabilité des entreprises. (page 115)

Droits des fournisseurs impayés

23. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée pour abroger, sous réserve de l'exception signalée, les dispositions qui protègent les fournisseurs impayés qui ont livré des marchandises à des sociétés en faillite. Les dispositions protégeant les droits des agriculteurs, des pêcheurs et des aquiculteurs à titre de fournisseurs devraient être conservées. (page 122)

Insolvabilité dans un contexte international

24. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de façon à intégrer la loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité dans un contexte international. Il faudrait envisager d'ajouter une disposition de réciprocité et des dispositions propres à assurer la création d'un comité des créanciers, composé de créanciers canadiens, pour protéger les intérêts de ceux-ci. Les frais raisonnables des membres de ce comité seraient à la charge du débiteur étranger, si le tribunal canadien estime la chose acceptable. (page 129)

Administrateurs : obligations et sanctions

25. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de façon à prévoir une défense d'application générale fondée sur la diligence raisonnable contre la responsabilité personnelle des administrateurs. (page 133)

Transferts à une valeur sous-estimée et préférences

26. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soient modifiées de manière à uniformiser et à simplifier les règles régissant la contestation des préférences frauduleuses, des cessions à une valeur sous-estimée et des autres transactions révisables. Le syndic ou l'observateur intervenant dans le cadre d'une proposition devrait avoir les mêmes pouvoirs qu'un syndic chargé d'une faillite. Les lois devraient prévoir une norme concernant la

contestation des transactions qui peuvent avoir des conséquences pour la valeur des créances réalisables. (page 136)

Faillite de maisons de courtage

27. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de façon à préciser la définition de « capitaux nets »; le statut de l'argent dans les comptes des maisons de courtage en faillite; le fait que la partie XII de la Loi s'applique aux transactions électroniques. (page 138)

Marchés financiers

28. Que la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soit modifiée de façon à donner aux tribunaux le droit de soustraire les organismes de réglementation du commerce des valeurs mobilières aux suspensions d'instance décidées par les tribunaux dans les cas où deux conditions sont respectées : l'exemption est nécessaire à la protection de tiers; l'exemption n'expose pas les administrateurs ou la haute direction à des pressions et pertes de temps indues. (page 140)

Responsabilité du spécialiste en insolvabilité : nouvel employeur

29. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de façon à établir une distinction claire entre la responsabilité personnelle d'un spécialiste en insolvabilité et celle de l'actif du débiteur. (page 143)

Contrats exécutoires

30. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soient modifiées pour permettre la résiliation des contrats exécutoires qui existent au début des procédures entamées aux termes des deux lois. Cette résiliation devrait valoir pour tous les contrats exécutoires, pourvu que certaines conditions soient respectées. Plus particulièrement, le débiteur devrait être tenu d'établir qu'il est impossible ou très difficile de restructurer l'entreprise sans cette résiliation, l'autre

partie au contrat devrait être autorisée à demander des dommages-intérêts à l'égard de la restructuration et le débiteur devrait aussi avoir la charge d'établir que des négociations après le dépôt de la requête ont été menées de bonne foi en vue d'alléger les aspects trop onéreux de la convention collective et que la résiliation est nécessaire à une restructuration viable. (page 151)

31. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soient modifiées de telle sorte que les syndics, les séquestres nommés par le tribunal et les observateurs puissent, si un jugement les y autorise, céder des contrats exécutoires s'il y a lieu, relativement à l'exploitation ou à la liquidation, pourvu que deux conditions soient respectées : le cessionnaire proposé jouit d'un crédit au moins égal à celui qu'avait le débiteur au moment de la conclusion du contrat; le cessionnaire proposé accepte d'indemniser l'autre partie pour toute perte pécuniaire découlant du défaut de paiement par le débiteur ou de donner l'assurance satisfaisante d'une prompte indemnisation. (page 152)

Cotisations à une commission des accidents du travail

32. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de manière à accorder aux contributions aux commissions des accidents de travail le même traitement qu'avant 1997.

Séquestres provisoires

33. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de façon à préciser le rôle du séquestre provisoire, la durée de ses fonctions et le sens du terme « provisoire ». En outre, la définition du terme « séquestre » devrait être modifiée de façon à englober les séquestres provisoires lorsqu'ils agissent d'une manière analogue à celle des séquestres nommés par le tribunal. (page 160)

Entreprise en exploitation et vente d'actifs

34. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soient modifiées

pour permettre au débiteur, sous réserve de l'approbation préalable du tribunal, de vendre une partie ou la totalité de ses actifs, en dehors du cours normal des affaires, dans le cadre de la réorganisation et sans se conformer aux dispositions législatives sur la vente en bloc. De la même façon, le débiteur devrait pouvoir vendre la totalité ou la quasi-totalité de ses actifs dans le cours normal des affaires. Lorsqu'on lui demande la permission de vendre, le tribunal devrait voir si le processus de vente est mené de façon juste et raisonnable et si les principaux créanciers ont reçu un préavis raisonnable de la vente proposée, dans les circonstances, et s'ils ont eu part dans la décision de vendre. Il ne faudrait permettre aucune vente aux actionnaires dominants, aux administrateurs ou aux dirigeants ou cadres supérieurs du débiteur ayant un intérêt financier appréciable à l'égard de l'acheteur ou de la transaction de vente, sinon dans des circonstances exceptionnelles. (page 163)

Gestion

35. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soient modifiées pour permettre au tribunal de remplacer une partie ou la totalité des administrateurs du débiteur au moment des propositions ou de la réorganisation, si la structure de gestion nuit à l'élaboration et à la mise en œuvre d'une solution permettant la poursuite de l'exploitation. En outre, avant sa nomination, le syndic ou observateur devrait divulguer au tribunal toute relation commerciale et juridique qu'il a ou a eue avec le débiteur. Le vérificateur ou le plus récent ancien vérificateur du débiteur ne devrait pas être autorisé à devenir l'observateur. En outre, en cas d'échec de la restructuration, il devrait être interdit à l'observateur de devenir le syndic ou le séquestre pour un créancier garanti. (page 165)

Approbation des plans

36. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soient modifiées de façon à exiger que le syndic ou l'observateur, relativement à une demande d'approbation judiciaire d'un plan de réorganisation,

donnent au tribunal une opinion selon laquelle, collectivement, les créanciers garantis et les créanciers non garantis ne recevront probablement pas moins, grâce au plan, que ce que la liquidation leur aurait assuré. En outre, le paragraphe 54(3) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* concernant les créanciers liés devrait être repris dans la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Enfin, les lois devraient être modifiées de façon à donner au tribunal qui approuve un plan de réorganisation le pouvoir d'approuver une restructuration de l'avoir du débiteur, avec ou sans l'approbation des actionnaires. (page 167)

Priorités

37. Que la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soit modifiée par l'ajout des règles de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* régissant l'établissement des priorités. (page 169)

Insolvabilité d'autres entités

38. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soient modifiées de façon à permettre la liquidation ou la réorganisation de fiducies commerciales. (page 172)

Impôt sur le revenu

39. Que la *Loi de l'impôt sur le revenu* soit modifiée pour que le traitement fiscal des actions privilégiées de renflouement puisse être accordé aux dettes admissibles, pendant une période définie, sur dépôt d'un avis de décision auprès de l'Agence des douanes et du revenu du Canada. En outre, sur exécution d'un plan d'arrangement, un débiteur devrait pouvoir choisir d'utiliser une comptabilité « nouveau départ » aux fins de l'impôt, où les obligations fiscales afférentes à la période antérieure à la date de la faillite sont considérées comme des créances antérieures au dépôt de la requête. (page 174)

Subordination des créances en titres participatifs

40. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de façon que la réclamation d'un acheteur ou vendeur de titres participatifs qui demande des dommages-intérêts ou une annulation de transaction soit subordonnée aux créances des créanciers ordinaires. En outre, ces créanciers ne devraient pas avoir part au produit d'une restructuration ou d'une faillite tant que les autres créanciers du débiteur n'ont pas été entièrement payés. (page 177)

Tribunaux administratifs et suspension des procédures

41. Que la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soit modifiée de façon à soustraire à l'application des suspensions des procédures, à la discrétion des tribunaux, toutes les procédures entamées devant des tribunaux administratifs non judiciaires. Cette exemption est subordonnée à deux conditions : elle est nécessaire à la protection de tiers et elle n'expose pas les administrateurs et la haute direction à des pressions et pertes de temps indues. (page 180)

Questions d'ordre administratif et procédural

Volume des affaires, accès au processus et financement du Bureau du surintendant des faillites

42. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* fasse l'objet d'un examen visant à identifier les possibilités d'amélioration de l'efficacité du système de gestion de l'insolvabilité, notamment par l'adoption de nouvelles technologies. (page 185)

43. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de sorte que le surintendant des faillites soit autorisé à financer des programmes de recherche et de sensibilisation à partir du compte où sont versés les dividendes non réclamés et les fonds non distribués. Il pourra utiliser ainsi les sommes qui n'ont pas été réclamées ni distribuées depuis deux ans. (page 187)

Consolidation des lois sur l'insolvabilité

44. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* demeurent des lois distinctes. (page 191)

Examen des lois sur l'insolvabilité

45. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, la *Loi sur les liquidations et les restructurations* et la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* soient modifiées pour prévoir le réexamen de chacune par un comité parlementaire au moins une fois tous les cinq ans. (page 194)

Des juges spécialisés

46. Que le gouvernement fédéral consulte les intervenants pertinents dans le but d'élaborer des programmes de formation à l'intention des juges canadiens de sorte que ces derniers

acquièrent des compétences spécialisées dans le domaine des lois en matière d'insolvabilité. (page 198)

Questions de coût

47. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée pour abroger le tarif des frais qui y figure et que les frais soient plutôt établis conformément au tarif des tribunaux civils applicable dans la province ou le territoire concerné. (page 201)

Conflits d'intérêts

48. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* fassent l'objet d'un examen visant à cerner et à éliminer toutes les situations dans lesquelles les praticiens de l'insolvabilité peuvent jouer un rôle et assumer des responsabilités les plaçant en situation de conflit d'intérêts réel ou perçu. Par ailleurs, pour que tous les praticiens assument leurs fonctions avec une grande intégrité, le Comité recommande aussi que le gouvernement fédéral adopte des lignes directrices à leur intention sur l'éthique professionnelle et les conflits d'intérêts, en développant les articles 34 à 53 des Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité, le cas échéant. (page 203)

La définition du revenu

49. Que La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de manière à clarifier le sens de l'expression « revenu total ». Que l'on fournisse également des éclaircissements – sous forme de lignes directrices contenues dans une directive du surintendant des faillites – aux syndics sur la façon dont les règlements forfaitaires reçus après la faillite mais avant la libération doivent être divisés entre débiteurs et créanciers. Enfin, le syndic devrait pouvoir recevoir, pendant une période déterminée par la loi, les remboursements d'impôt de faillis afin de pouvoir les répartir entre les créanciers. (page 208)

Définition de « débiteur consommateur »

50. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de manière à porter à 100 000 $ le seuil d'endettement figurant dans la définition du « débiteur consommateur » et à en prévoir la révision annuelle en fonction de l'augmentation du coût de la vie telle qu'elle est mesurée par l'indice des prix à la consommation. De surcroît, deux ans après l'entrée en vigueur du nouveau seuil d'endettement, que le gouvernement fédéral commence à examiner la mesure dans laquelle les débiteurs insolvables recourent aux propositions de consommateurs au lieu de procéder à une réorganisation de leur entreprise. (page 211)

Choix du syndic

51. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de telle sorte que le débiteur soit tenu de communiquer au séquestre officiel le nom du syndic qu'il a choisi pour administrer la faillite. (page 212)

Droits de vote des créanciers ayant un lien de dépendance

52. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de sorte que les créanciers ayant un lien de dépendance qui ont fait affaire avec le failli durant l'année qui précède la faillite aient le droit de vote s'ils représentent collectivement plus de 40 % de la valeur des créances totales. Si le vote du créancier ayant un lien de dépendance change l'issue du vote, que toute partie intéressée puisse alors demander l'autorisation du tribunal pour que le bulletin de vote soit inclus. (page 215)

Dettes dont le failli n'est pas libéré par une ordonnance de libération

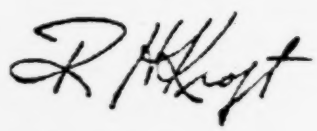
53. Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de telle sorte qu'il soit nécessaire de prouver la fraude pour qu'une dette ne soit pas éteinte à la libération du failli; que les dispositions s'appliquent aux dettes touchant à la fois les biens et les services qui sont acquis sous de faux prétextes ou à la faveur de déclarations frauduleuses. (page 217)

Remerciements

Je tiens à remercier à titre personnel les membres du Comité qui ont assisté à de nombreuses et longues audiences pour entendre tous les témoins qui ont comparu devant nous durant notre étude. Je veux aussi remercier sincèrement les personnes qui ont pris la peine de comparaître devant nous pour faire valoir les vues de toutes les parties intéressées par les questions abordées. La qualité des témoignages qui nous ont été soumis, de vive voix et par écrit, et l'aptitude des témoins à répondre, souvent au pied levé, à des questions complexes attestent leur compétence et leur volonté d'améliorer la législation canadienne en matière de faillite et d'insolvabilité. Leur apport a été précieux et a permis au Comité de faire le tour de la question en très peu de temps.

La Direction de la recherche parlementaire de la Bibliothèque du Parlement nous a fourni un appui soutenu, en particulier Mme June Dewetering, affectée à notre Comité, dont je tiens à souligner l'apport exceptionnel. Je veux aussi remercier le greffier du Comité, M. Denis Robert et le personnel de soutien du Sénat et l'équipe de traduction dont la collaboration a permis au Comité de produire le présent rapport dans des délais très serrés. Le résultat est un examen de la législation canadienne en matière d'insolvabilité, en particulier de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies. dont le Comité espère qu'il aidera le gouvernement fédéral à élaborer des mesures législatives pertinentes. Nous devons beaucoup au conseiller juridique du Comité, M. Yoine Goldstein, qui nous a aidés à assimiler tous les aspects de la question et nous a conseillés sur ceux qui étaient particulièrement techniques. Il n'est pas exagéré de dire que nous n'aurions pas pu accomplir notre tâche aussi rapidement et aussi bien sans le bénéfice de sa sagesse, de son expérience et de son dévouement.

Je sais que je traduis la pensée de tous les membres du Comité en disant que nous espérons de tout cœur que le gouvernement fera diligence et déposera bientôt les modifications législatives qui s'imposent. Nous nous ferons un plaisir de les étudier le moment venu.



Richard H. Kroft

Président du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce

LES DÉBITEURS ET LES CRÉANCIERS DOIVENT SE PARTAGER LE FARDEAU
EXAMEN DE LA *LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ* ET DE LA *LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES CRÉANCIERS DES COMPAGNIES*

CHAPITRE UN : INTRODUCTION

Le Canada est doté de lois en matière d'insolvabilité depuis longtemps, soit depuis 1869, avec l'*Acte concernant la faillite*, qui portait sur les faillites volontaires et obligatoires, prévoyait des concordats de remise et ne s'appliquait qu'aux négociants. A suivi l'*Acte de faillite de 1875*, abrogé en1880. Pendant les 40 années suivantes, jusqu'à l'adoption en 1919 de la *Loi de faillite*, il n'y a pas eu de législation uniforme au Canada en la matière. La loi a été modifiée en profondeur en 1949, en 1992 et en 1997.

Bien qu'on n'y ait pas souvent recouru avant les années 80, la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC) existe depuis 1933 et a été modifiée en 1997. Le troisième pilier de la législation en matière d'insolvabilité, la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, a été adopté en 1882. Une quatrième loi, la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* de 1997a succédé à la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole* de 1986 et s'applique au secteur agricole.

Il y a eu de multiples tentatives au cours des 30 dernières années pour modifier les lois canadiennes en matière de faillite et d'insolvabilité ...

Il y a eu de multiples tentatives au cours des 30 dernières années pour modifier les lois canadiennes en matière de faillite et d'insolvabilité et, même si six projets

projets de loi omnibus ont été présentés au Parlement entre 1975 et 1984, aucun n'a été adopté. Un certain nombre de comités consultatifs se sont également penchés sur divers aspects des lois au cours de la période et formulé des recommandations en vue d'apporter des changements. Compte tenu du peu de succès relatif des projets de loi omnibus, la décision stratégique a été prise de proposer des modifications dans certains secteurs.

C'est ainsi qu'en juin 1991 le projet de loi C-22 a été présenté à la Chambre des communes. Entré en vigueur en novembre 1992, il contenait une disposition exigeant qu'un comité parlementaire examine la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* trois années après son entrée en vigueur. Cet examen devant tomber en 1995, Industrie Canada – à l'époque le ministère de la Consommation et des Affaires commerciales – a mis sur pied le Comité consultatif de la faillite et de l'insolvabilité, constitué de plusieurs groupes de travail et réunissant des représentants des secteurs public et privé.

Tribune au sein de laquelle pouvaient être discutées les priorités en matière de réforme des lois sur la faillite et l'insolvabilité et où pouvait être atteint un consensus sur les recommandations stratégiques, le Comité consultatif de la faillite et de l'insolvabilité a présenté diverses recommandations, qui ont pris la forme du projet de loi C-5, d'abord présenté lors de la première session de la 35e législature sous le titre de projet de loi C-109.

C'est en mars 1996 que le projet de loi C-5 a été présenté à la Chambre des communes. Il visait à modifier la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI) dans les domaines suivants : la réglementation des syndics, notamment par un régime de licences; la responsabilité des syndics en ce qui concerne les dommages à l'environnement et les réclamations à ce sujet; la responsabilité des administrateurs et la suspension des procédures intentées contre eux en cas de réorganisation; l'indemnisation du locateur en cas de résiliation du bail lors d'une réorganisation; les procédures relatives aux propositions

de consommateurs; les faillites de consommateurs; la libération en matière de prêts étudiants; les réclamations des organismes compétents en matière d'accidents du travail; les réclamations des organismes compétents en matière d'accidents du travail; l'obligation pour les faillis de verser une partie de leur revenu à l'actif de la faillite; l'insolvabilité en contexte international et la faillite des courtiers en valeurs mobilières. Le projet de loi devait également modifier la LACC pour en harmoniser les dispositions avec celles de la LFI. Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce s'est penché sur le projet de loi C-5 en novembre 1996 et a recommandé des amendements, adoptés par le Sénat puis par la Chambre des communes avant la sanction royale donnée en avril 1997.

En prévision de l'examen de la LFI et de la LACC que le Parlement doit obligatoirement effectuer tous les cinq ans, comme l'exige le projet de loi C-5, en 2001 et en 2002 Industrie Canada a mené des consultations avec divers intervenants sur toute une gamme de questions relatives à l'insolvabilité. Le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle, groupe autonome que le Bureau du surintendant des faillites a constitué en 2000 avec des représentants des principaux groupes d'intervenants, a également analysé les différentes questions d'insolvabilité des consommateurs.

Ce groupe de travail a publié son rapport en août 2002, tandis qu'Industrie Canada publiait son Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies le mois suivant. Ni la Loi sur les liquidations et les restructurations ni la Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole ne font actuellement l'objet d'un examen parlementaire.

Fort des connaissances acquises à la faveur de l'examen des modifications apportées à la LFI et à la LACC, le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a commencé en mai 2003 une étude de ces deux lois afin

À l'occasion de l'étude menée par le Comité, un large éventail de groupes et de particuliers se sont exprimés .... Ils ont tous exprimé leur point de vue sur ce domaine d'une complexité énorme : ce qui fonctionne ou non et comment modifier la LFI et la LACC.

d'établir si, sous l'angle de leur incidence sur notre économie, elles répondent, dans leur libellé actuel, aux besoins de tous les intervenants : débiteurs, créanciers, juges, avocats, syndics et autres spécialistes de l'insolvabilité, Bureau du surintendant des faillites et, surtout, tous les Canadiens.

À l'occasion de l'étude menée par le Comité, un large éventail de groupes et de particuliers se sont exprimés : universitaires, spécialistes, conseillers en crédit, syndicats, gens d'affaires et autres. Ils ont tous exprimé leur point de vue sur ce domaine d'une complexité énorme : ce qui fonctionne ou non et comment modifier la LFI et la LACC.

Dans le présent rapport, nous expliquons le point de vue du Comité sur les principes fondamentaux qui devraient guider la conception des lois en matière d'insolvabilité au Canada, avec une insistance toute particulière sur les deux lois faisant l'objet de l'examen : la LFI et la LACC. Nous examinons également l'importance socioéconomique de la législation sur l'insolvabilité et décrivons l'ampleur et la nature du problème au Canada. Il contient, surtout, les témoignages présentés au Comité ainsi que nos recommandations de changements aux lois ainsi que les conclusions tirées.

... nous estimons que les idées avancées [dans les chapitres 4 et 5 du présent rapport] sont intéressantes, surtout pour ce qui est de rationaliser le processus et de réduire les coûts

Bien qu'il n'y ait aucune discussion ou recommandation relative aux changements de procédure concernant les faillites des consommateurs et les propositions présentées par le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle dans les chapitres 4 et 5 du présent rapport, nous estimons que les idées avancées sont intéressantes, surtout pour ce qui est de rationaliser le processus et de réduire les coûts, et exhortons les intervenants à mener les débats nécessaires pour en arriver à un consensus sur les questions à régler lorsqu'il faudra modifier notre législation en matière d'insolvabilité.

Enfin, nous avons prévu un certain nombre d'annexes fournissant des renseignements généraux utiles. Dans l'annexe A, sont résumés les éléments clés de la *Loi sur les liquidations et les restructurations* et de la *Loi sur la médiation en*

matière d'endettement agricole, qui ne font pas l'objet d'examen de la part du Comité; l'annexe B énumère les changements apportés aux principales lois canadiennes en matière d'insolvabilité – la LFI et la LACC – et traite en général de la façon dont fonctionne le processus d'insolvabilité pour les consommateurs et les sociétés. L'annexe C est un résumé du rapport qu'Industrie Canada a publié à l'issue des consultations que le ministère a menées avec les intervenants à propos de sa politique administrative et des questions d'insolvabilité des sociétés et des consommateurs. À l'annexe D se trouvent brièvement expliqués certains aspects de la législation en matière d'insolvabilité d'autres pays.

CHAPITRE DEUX : PHILOSOPHIE DU COMITÉ CONCERNANT LA LÉGISLATION EN MATIÈRE D'INSOLVABILITÉ

Au début de son étude, le Comité s'est attaché surtout à ce qu'il estimait être les principes fondamentaux devant guider la conception des lois en matière d'insolvabilité au pays. Certaines exigences d'un système d'insolvabilité harmonieux étaient récurrentes : l'équité, l'accessibilité, la prévisibilité, la responsabilité, la coopération, l'efficience et l'efficacité. Il s'agit d'impératifs dont il faudra toujours tenir compte au fil des changements d'ordre législatif.

... le Comité s'est attaché surtout à ce qu'il estimait être les principes fondamentaux devant guider la conception des lois en matière d'insolvabilité ... l'équité, l'accessibilité, la prévisibilité, la responsabilité, la coopération, l'efficience et l'efficacité. Il s'agit d'impératifs dont il faudra toujours tenir compte au fil des changements d'ordre législatif.

Le système canadien en matière d'insolvabilité doit être équitable et perçu comme tel. L'équité est une considération essentielle non seulement pour les Canadiens, mais également pour les étrangers. Le système doit être équitable à l'égard des débiteurs, qui devraient disposer des outils nécessaires pour éviter la faillite, si c'est le meilleur scénario, ou pouvoir repartir sur de nouvelles bases lorsqu'ils sont réhabilités, et, des créanciers, qui accordent du crédit e s'attendent à un remboursement complet et à temps ou, à défaut, doivent disposer de moyens prévisibles, équitables et ordonnés de voir à ce que les pertes soient partagées comme il se doit et réduites au minimum.

Il faut également que le système soit équitable pour les juges, qui devraient disposer à la fois de règles claires guidant leurs décisions et de la souplesse nécessaire pour tenir compte des circonstances particulières à chaque cas, et pour les syndics, les contrôleurs et autres praticiens en insolvabilité, qui ont également besoin de lignes directrices globales portant sur leurs droits et responsabilités. Il faut également que le système soit équitable pour les entités étrangères, qui peuvent se trouver aux prises avec un cas d'insolvabilité les concernant, ainsi que pour les Canadiens, de façon plus générale, qui

doivent disposer d'un système équitable et prévisible encourageant les divers intervenants à agir avec intégrité et transparence de manière à ce que notre système économique demeure sain et encourage la prospérité de tous.

Les effets de répartition du revenu qu'ont les faillites doivent être envisagés sous l'angle de l'équité, étant donné que les pertes liées à une faillite pour les créanciers peuvent se traduire par un renchérissement du crédit pour ceux qui remboursement à temps et complètement leurs dettes. Dans une certaine mesure, l'équité voudrait que le fardeau de ceux qui remboursent leurs dettes ne soit pas alourdi par les actions et les défaillances des autres.

… le Comité estime que le système d'insolvabilité doit être accessible aux débiteurs – quel que soit leur niveau d'endettement et leur situation géographique – comme droit et non comme privilège

Par ailleurs, le Comité estime que le système d'insolvabilité doit être accessible aux débiteurs – quel que soit leur niveau d'endettement et leur situation géographique – comme droit et non comme privilège. Pour que le système soit sensé, il doit être accessible, c'est-à-dire facilement compris des intervenants. Il doit également revêtir une certaine adaptabilité. Chaque cas d'insolvabilité est différent et, si l'uniformité et la prévisibilité sont d'une importance critique, il faut également une certaine souplesse pour que les juges puissent prendre les décisions nécessaires dans l'intérêt des divers intervenants.

Le Comité estime également que les lois canadiennes en matière d'insolvabilité doivent être rédigées de manière à assurer un fort degré de prévisibilité pour tous les intervenants, nationaux et étrangers. Chacun devrait facilement comprendre le fonctionnement du processus d'insolvabilité et les solutions offertes. L'uniformité devrait permettre de prévoir l'issue probable avec un degré relativement élevé d'exactitude. Cette prévisibilité permettra aux intervenants de faire le meilleur choix possible compte tenu des circonstances : les débiteurs pourront décider entre la faillite et la proposition de consommateurs ou la réorganisation d'entreprise; les fournisseurs et les créanciers pourront évaluer l'issue probable du défaut de paiement, ce dont ils tiendront compte dans leur

décision de fournir le crédit et à quel prix; les investisseurs canadiens et étrangers pourront décider d'effectuer ou non un investissement; et les juges pourront établir les arrêtés les plus appropriés et les mesures à prendre dans les circonstances, notamment.

Le régime d'insolvabilité du Canada doit encourager également les comportements responsables et l'esprit de collaboration. Sachant que l'insolvabilité se produit souvent pour des raisons qui n'ont rien à voir avec l'incompétence financière, le système doit encourager les débiteurs à se comporter de manière responsable dans la gestion de leurs finances et les créanciers à agir de même dans l'octroi de crédit. Les syndics et autres praticiens en insolvabilité doivent également assumer leurs tâches consciencieusement. Il doit y avoir de véritables conséquences chaque fois qu'un intervenant ne se conforme pas à la loi.

Les divers intervenants doivent également être encouragés à agir dans un esprit de coopération, puisqu'il s'agit d'une exigence d'un système d'insolvabilité harmonieux : collaboration entre débiteurs et créanciers en vue de négocier un arrangement de restructuration mutuellement acceptable; entre tribunaux, débiteurs et créanciers au moment de mettre sur pied des plans de restructuration, et entre syndics, débiteurs et créanciers lorsque les successions sont administrées. Le système d'insolvabilité canadien est réputé dans le monde, en raison en partie de l'importance de l'esprit de coopération.

Le Comité estime également que notre système d'insolvabilité doit être efficient et efficace. Il doit tenir compte des coûts sociaux et économiques des faillites et veiller à ce que ces coûts soient réduits au minimum et partagés de façon appropriée. Il faut par ailleurs résoudre les cas d'insolvabilité au moindre coût possible pour les divers intervenants. Toute intervention des syndics et des contrôleurs, notamment, doit se justifier. Le système doit également faciliter la réaffectation efficiente des ressources en

cas de faillite, prévoir des dispositifs encourageant un comportement adéquat de la part de tous les intervenants et répondre aux besoins de ces derniers dans un climat en constante évolution.

En cas d'insolvabilité, il n'y a pas suffisamment de fonds pour que chacun soit satisfait et, pour qu'un failli puisse repartir sur de nouvelles bases, il faut que les créanciers ne recouvrent pas la totalité des fonds qui leur sont dus. Plus la part des biens attribuée à un créancier ou à une catégorie de créanciers en particulier est grande, plus celle pouvant être répartie entre les autres créanciers ou catégories de créanciers est petite.

Pendant les audiences, le Comité a pris conscience du fait qu'au Canada le système s'attache à trouver un juste équilibre entre la nécessité de fournir aux débiteurs aux prises avec un endettement ingérable une possibilité raisonnable de se redresser financièrement ou de repartir sur de nouvelles bases, une fois libérés de leur dette, et celle de faire en sorte que les créanciers, dans la mesure du possible, partagent les pertes de façon appropriée. En cas d'insolvabilité, il n'y a pas suffisamment de fonds pour que chacun soit satisfait et, pour qu'un failli puisse repartir sur de nouvelles bases, il faut que les créanciers ne recouvrent pas la totalité des fonds qui leur sont dus. Plus la part des biens attribuée à un créancier ou à une catégorie de créanciers en particulier est grande, plus celle pouvant être répartie entre les autres créanciers ou catégories de créanciers est petite.

Le Comité estime que dans une société comme la nôtre et, en particulier, dans le contexte de mondialisation actuel, la prise de risque est un facteur de succès de l'économie de marché; c'est ce type de comportement qui contribue à la prospérité de notre nation et à notre place dans le monde. Un tel comportement s'assortit inévitablement d'échecs. Les données sur les difficultés financières des travailleurs autonomes et des petites entreprises en témoignent. Si, en tant que société, nous appuyons la prise de risque en raison de la prospérité qu'elle apporte, nous devons également en tant que société être disposés à supporter le coût des échecs – dans les limites du raisonnable – et accepter les répercussions négatives des risques pris.

De ce point de vue, la façon dont un pays réglemente les faillites est liée à d'autres décisions : encouragement d'un comportement d'entrepreneur comme moteur de croissance, encouragement des études comme déterminant de la main

d'œuvre instruite qui sera nécessaire à l'avenir et filets de sûreté à fournir par l'État pour aider les moins fortunés, entre autres. Sous cet angle, les lois d'un pays en matière d'insolvabilité constituent des lois cadres. Ce sont des indicateurs clés de la façon dont un pays se gouverne et régit ses entreprises et ses citoyens et des priorités qu'il s'est fixées pour son avenir. Ce type de loi compte parmi celles jugées importantes pour les nations qui participent à l'économie mondiale, car elles régissent certains aspects du commerce international et sont prises en compte par tous ceux qui désirent investir au Canada et prendre des décisions commerciales d'envergure internationale.

Si, en tant que société, nous appuyons la prise de risque en raison de la prospérité qu'elle apporte, nous devons également en tant que société être disposés à supporter le coût des échecs

Le Comité s'est intéressé à la notion de partage du fardeau des pertes entre débiteurs et créanciers. Nous voulons qu'un failli réhabilité ait le plus de chances possibles d'avenir et de contribution significative à l'économie et à la société. Nous désirons également faire en sorte que l'on tienne dûment compte des répercussions du traitement des débiteurs, notamment sur les créanciers, sur ceux qui acquittent leurs dettes en totalité et en temps voulu et sur l'économie canadienne plus généralement. Pendant que nous élaborions nos recommandations, nous avons constamment réfléchi à la mesure dans laquelle nos propositions assureront le respect des principes fondamentaux que sont l'équité, l'accessibilité, la prévisibilité, la coopération, l'efficience et l'efficacité. Nous pensons que nos recommandations permettent d'établir un juste équilibre.

CHAPITRE TROIS : LA LÉGISLATION EN MATIÈRE D'INSOLVABILITÉ ET SA JUSTIFICATION

A. L'importance socio-économique des lois en matière d'insolvabilité

Les faillites et les situations d'insolvabilité ont généralement des effets dévastateurs pour tous ceux qui sont touchés : l'entreprise ou le consommateur endetté, les familles et les amis, la collectivité, les fournisseurs impayés, les employés non payés – et parfois licenciés –, les créanciers et les actionnaires, et bien d'autres. Lorsqu'une société connaît des difficultés financières, d'ordinaire ses actionnaires y perdent financièrement, ses fournisseurs et ses créanciers impayés de même que ses employés non rémunérés peuvent eux-mêmes risquer la faillite ou l'insolvabilité, les collectivités – en particulier si elles sont petites, n'ont qu'une seule industrie et regroupent un nombre important de fournisseurs et d'employés touchés – seront probablement moins prospères, même si elles survivent, et tous les pouvoirs publics peuvent perdre des recettes fiscales par suite de la baisse de l'activité économique tout en ayant à verser plus au titre de l'assurance-emploi et de l'aide sociale.

Les faillites et les situations d'insolvabilité ont généralement des effets dévastateurs pour tous ceux qui sont touchés : l'entreprise ou le consommateur endetté, les familles et les amis, la collectivité, les fournisseurs impayés, les employés non payés – et parfois licenciés –, les créanciers et les actionnaires, et bien d'autres.

En gros, il y a des lois en matière d'insolvabilité pour les raisons suivantes :

- les débiteurs ont l'occasion d'acquitter leurs dettes, sous certaines conditions, et donc de devenir des citoyens productifs et utiles, libérés d'un endettement ingérable; en bref ils peuvent repartir sur de nouvelles bases;

- elles prévoient un moyen relativement rapide et peu onéreux par lequel les débiteurs insolvables peuvent être contraints de remettre leurs biens non touchés par une exemption à un syndic qui devra les réaliser au profit des créanciers;
- c'est un mécanisme prévoyant la répartition ordonnée des biens saisissables des débiteurs insolvables entre les créanciers, de sorte que le fardeau de la dette soit partagé comme il se doit;
- elles constituent un moyen d'enquêter sur les affaires des faillis et de renverser toute transaction impropre ayant eu lieu avant la faillite;
- elles constituent un cadre dans lequel les obligations financières des débiteurs peuvent être reportées ou restructurées dans le but d'éviter la faillite.

Les lois canadiennes en matière d'insolvabilité contribuent de façon fondamentale au fonctionnement efficace et efficient des marchés, puisqu'elles donnent une certaine garantie à tous les intervenants, étrangers et nationaux. Du point de vue financier uniquement, l'équité et la prévisibilité assurées par ces lois augmentent le montant du crédit disponible et assurent la disponibilité de ce dernier à un coût raisonnable, ce qui se répercute sur tous les niveaux d'investissement national et étranger, l'esprit d'entreprise et l'innovation ainsi que sur la consommation et l'investissement des particuliers.

En cas de difficultés financières, l'opportunité, la transparence et l'équité avec lesquelles les biens sont réaffectés à des usages plus productifs et plus profitables se répercutent sur la tenue de l'économie et réduisent au minimum les pertes des créanciers. De surcroît, compte tenu de l'importance accrue de la compétitivité sur la scène internationale, le Canada doit se doter de lois en matière d'insolvabilité qui sont, et sont perçues comme étant, efficaces et équitables, et les

modifications à ces lois doivent être apportées avec efficience et prévisibilité.

... compte tenu de l'importance accrue de la compétitivité sur la scène internationale, le Canada doit se doter de lois en matière d'insolvabilité qui sont, et sont perçues comme étant, efficaces et équitables, et les modifications à ces lois doivent être apportées avec efficience et prévisibilité.

De toutes les lois canadiennes en matière d'insolvabilité – la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur les liquidations et les restructurations et la Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole – les deux plus importantes sont les deux premières. La Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI) s'applique aux particuliers et aux sociétés aux prises avec un endettement ingérable, tandis que la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (LACC) prévoit que les entreprises peuvent se réorganiser, ce que prévoit également la LFI, en cas de difficultés financières à condition de respecter un seuil d'endettement de 5 millions de dollars. La Loi sur les liquidations et les restructurations vise essentiellement les institutions financières et les organismes sans but lucratif, tandis que la Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole concerne les agriculteurs insolvables; le Comité ne se penchera pas sur ces deux dernières lois.

B. Ampleur et nature du problème

Il est certes préférable de cerner les raisons de l'insolvabilité de manière à mettre sur pied des mesures de prévention devant aider consommateurs et entreprises à éviter de telles situations.

Lorsqu'on s'emploie à établir un régime convenant à l'ampleur et à la nature de l'insolvabilité, il faut tenir compte des circonstances qui ont donné lieu à l'insolvabilité et à la récurrence de cette dernière. Il est certes préférable de cerner les raisons de l'insolvabilité de manière à mettre sur pied des mesures de prévention devant aider consommateurs et entreprises à éviter de telles situations. C'est ainsi que l'on sert l'intérêt public.

De façon générale, les difficultés financières peuvent se produire pour un certain nombre de raisons économiques ou autres, ces dernières ayant souvent des conséquences économiques. Des études ont révélé que les facteurs suivants contribuent à l'insolvabilité : le chômage, le sous-emploi, la retraite, les dépenses frénétiques, un changement d'état civil, l'état de santé ou la famille, l'usage de stupéfiants; les jeux de hasard, la perte d'une part de marché, le mauvais temps, des sanctions commerciales internationales et une faillite d'entreprise causant une insolvabilité personnelle. Bien qu'elle puisse être une cause d'insolvabilité, une mauvaise gestion financière est le plus souvent un facteur connexe.

Le plus souvent, les particuliers et les entreprises n'ont pas de prise sur les circonstances économiques et n'ont qu'une emprise partielle sur les autres facteurs. Néanmoins, on s'entend généralement pour dire que les services d'un conseiller financier, dont le but est d'aider les particuliers et les entreprises à évaluer leur comportement et leurs croyances en matière de crédit et ses usages, à acquérir des compétences en gestion financière et en établissement de budget et à déceler les signes annonciateurs de difficultés financières, sont utiles. Ce type de service est toutefois plus efficace lorsqu'il est obtenu à titre préventif. C'est pour cela que beaucoup préconisent l'enseignement de cours de gestion financière et d'établissement de budget à l'école secondaire.

Comme certains estiment que la disponibilité accrue d'un crédit abordable est responsable de ces difficultés financières, il faudrait peut-être analyser la mesure dans laquelle les faillites des consommateurs ont augmenté, alors que le montant global de crédit à la consommation en proportion du revenu disponible a été relativement stable.

Un certain nombre de faillites peuvent s'expliquer comme la conséquence inévitable du fait que le crédit est très répandu et facilement accessible.

L'ampleur et la nature des problèmes d'insolvabilité chez les particuliers et les entreprises au Canada ont fluctué au fil des ans, en fonction essentiellement du climat économique, mais aussi peut-être du fait que l'opprobre associé aux faillites semble quelque peu atténué. Un certain nombre de faillites peuvent s'expliquer comme la conséquence inévitable du fait que le crédit est très répandu et facilement accessible.

Des études ont révélé que certains Canadiens ont des dettes plus importantes que leur revenu disponible annuel. Aujourd'hui, le ratio de la dette des particuliers au revenu disponible dépasse 100 %, ce qui représente 61 % de plus qu'il y a 20 ans. Le niveau d'endettement des consommateurs est censé avoir augmenté de plus de 238 % de 1981 à 2001, passant de 262,4 milliards de dollars (dollars de 1997) en 1981 à 625,6 milliards de dollars en 2001. Cette augmentation du ratio de la dette au revenu pourrait traduire un changement d'attitude des débiteurs et des créanciers à l'égard du risque, une attitude plus tolérante envers les faillites et une moins grande honte associée à la faillite.

Entre 1966 et 2002, les cas d'insolvabilité consignés auprès du Bureau du surintendant des faillites ont augmenté en moyenne de 8,8 % par an, le taux d'augmentation annuel moyen le plus élevé s'étant produit dans les années 70; depuis 1997, ce taux est de 1,1 %. Les taux moyens d'augmentation des faillites d'entreprises et de particuliers déclarés au Bureau sont relativement différents.

De 1966 à 2002, le taux annuel moyen d'augmentation des faillites personnelles s'est élevé à 11,4 % et, en 2001, il y avait près de 93 000 cas d'insolvabilité personnelle, soit 2,98

pour 1 000 Canadiens. Il s'élevait à 22,6 % dans les années 70 avant de retomber à 7,5 % dans les années 80 et 90. Entre 1997 et 2002, il était beaucoup plus faible, soit de 2,0 %.

Depuis 1999, le nombre de faillites de consommateurs déclarées au Bureau du surintendant des faillites augmente, même si les propositions de consommateurs sont un moyen toujours plus courant d'éviter la faillite et de protéger certains biens, comme son domicile. De 1993 à 2002, le nombre de propositions de consommateurs déposées au Bureau a progressé de façon continue, passant d'environ 1 900 à 1993 à plus de 15 200 en 2002, ce qui représente une hausse annuelle moyenne de 25,9 %.

Le pourcentage annuel moyen de hausse des insolvabilités d'entreprise était de 3,6 % entre 1966 et 2002, soit un tiers de celui des insolvabilités de consommateurs. Ce taux a atteint 8,0 % dans les années 70 et 6,0 % dans les années 80 avant de redescendre à !0,6 % dans les années 90. Entre 1997 et 2002, il a chuté à !4,7 % et, en 2001-2002, à !7,6 %.

Les propositions de réorganisation ont également constitué une solution populaire pour les entreprises entre 1993 et 2002, période pendant laquelle elles ont augmenté en moyenne de 14 % par an. Depuis le milieu des années 70, le Bureau du surintendant des faillites a surtout eu connaissance d'insolvabilités de consommateurs et en 2002 10 % des cas qu'il traitait étaient des insolvabilités d'entreprises.

L'Ontario et le Québec sont les deux provinces qui déposent le plus grand nombre de cas d'insolvabilité auprès du Bureau du surintendant des faillites par an, qu'elles concernent des consommateurs ou des entreprises. Cela n'est pas surprenant compte tenu de la population et du nombre d'entreprises dans ces deux provinces.

Par rapport à la norme pour ce qui est des insolvabilités de consommateurs par 1 000 résidents de 18 ans, en 2002, la région de l'Atlantique, le Québec et l'Alberta étaient au-dessus, tandis que l'Ontario, le Manitoba/la Saskatchewan et la Colombie-Britannique étaient au-dessous. Cette même année, par rapport à la norme pour ce qui est des insolvabilités de sociétés par 1 000 entreprises la région de l'Atlantique, le Québec et l'Alberta ont été au-dessus, tandis que l'Ontario, le Manitoba/Saskatchewan et la Colombie-Britannique étaient au-dessous. Cette norme était de 5,9 pour 1 000 entreprises. Les secteurs les plus touchés par l'insolvabilité d'entreprises étaient celui des services et le commerce de gros ou de détail; ce sont les secteurs des finances, de l'assurance et de l'immobilier, le secteur manufacturier et le secteur primaire qui ont été les moins visés.

La répartition par région est donc la même pour les insolvabilités de consommateurs et celles d'entreprises si l'on tient compte de la densité de population et du nombre d'entreprises.

... le niveau et l'ampleur de l'insolvabilité sont liés à la prospérité économique.

Comme nous l'avons déjà dit, le niveau et l'ampleur de l'insolvabilité sont liés à la prospérité économique. En 1992, le pourcentage de passif déclaré lors d'insolvabilités a représenté 1,75 % du produit intérieur brut. Ce pourcentage a décliné jusqu'en 1999, pour se redresser depuis, atteignant 1,5 % en 2002. Cette hausse est largement imputable aux dettes des entreprises.

C. La Loi sur la faillite et l'insolvabilité

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, qui s'applique aux entreprises et aux consommateurs, prévoit un certain nombre de possibilités pour les débiteurs aux prises avec un endettement ingérable, notamment la faillite dans les deux cas, des propositions de consommateur dans le cas des consommateurs, et des réorganisations dans le cas des entreprises, selon l'ampleur des difficultés financières.

En règle générale, les créanciers préfèreront accepter une proposition ou une réorganisation s'ils s'attendent à recouvrer ainsi davantage de fonds que si le consommateur ou l'entreprise déclarait faillite.

Les consommateurs et les entreprises en difficulté financière peuvent remettre une proposition à leurs créanciers – une proposition de consommateur ou une réorganisation, respectivement – pour restructurer leur endettement. Cette restructuration comporte généralement l'acceptation de paiements partiels pour acquitter la dette ou des paiements pendant une période plus longue. Selon ce scénario, les débiteurs conservent leurs biens et les créanciers recouvrent généralement un montant plus grand des fonds qui leur sont dus; le consommateur ou l'entreprise peuvent continuer de fonctionner et, dans le meilleur des cas, retrouver la viabilité financière. En règle générale, les créanciers préfèreront accepter une proposition ou une réorganisation s'ils s'attendent à recouvrer ainsi davantage de fonds que si le consommateur ou l'entreprise déclarait faillite.

Pour qu'un particulier puisse présenter une proposition de consommateur, ses dettes ne doivent pas dépasser 75 000 $, hors hypothèque sur une résidence principale, et il doit disposer de ressources suffisantes pour élaborer une proposition équitable et réaliste. Les propositions de consommateur ne sont pas exécutoires pour les créanciers garantis; ces créanciers conservent leurs droits de réaliser leurs biens si les paiements ne sont pas faits à temps. Les entreprises peuvent présenter une proposition quel que soit leur endettement et, là encore, les créanciers peuvent réaliser les biens donnés en nantissement en cas de non-paiement.

La LFI contient des dispositions encourageant les débiteurs insolvables à présenter une proposition plutôt que de déclarer faillite. Dans ce dernier cas, par exemple, les particuliers ayant fait faillite doivent verser tout revenu excédentaire au syndic, ce qui est plus contraignant que s'ils présentaient une proposition de consommateur. Par ailleurs, le syndic est tenu de déclarer – avant la libération – si le débiteur aurait pu présenter une proposition de consommateur réaliste; dans un tel cas, le tribunal peut accorder une libération conditionnelle et les conditions imposées peuvent être similaires à celle d'une proposition.

La LFI, avec son régime structuré de propositions de consommateur, de réorganisations des sociétés et de faillites, est censée assurer un résultat relativement prévisible et uniforme.

S'ils n'ont aucun espoir de redevenir viables financièrement, les consommateurs et les entreprises insolvables peuvent déclarer faillite. Les créanciers peuvent aussi demander à ce qu'ils déposent leur bilan. Dans un tel cas, le processus sert plusieurs fins :

- c'est un mécanisme de liquidation des biens du débiteur au profit des créanciers;
- le débiteur peut repartir sur de nouvelles bases, c'est-à-dire sans endettement ingérable;
- les biens sont réaffectés dans un contexte pouvant être plus rentable.

La LFI, avec son régime structuré de propositions de consommateur, de réorganisations des sociétés et de faillites, est censée assurer un résultat relativement prévisible et uniforme.

D. La Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies

La LACC constitue un cadre relativement souple permettant la réorganisation – plutôt que d'énoncer des règles plus spécifiques comme la LFI – et donne aux tribunaux un fort degré de latitude pour ce qui est d'établir comment résoudre au mieux les cas dont ils sont saisis.

Lorsqu'une entreprise a des dettes de plus de 5 millions de dollars, elle peut prévoir une réorganisation aux termes de la LFI ou de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies,* laquelle ne prévoit pas de propositions de consommateur. À une époque, la LFI ne prévoyait de réorganisations que pour les entreprises ayant déclaré faillite; pour celles qui étaient insolvables mais non en faillite, la réorganisation était possible en vertu de la LACC. Actuellement, les deux lois prévoient la réorganisation pour les entreprises insolvables, mais la LACC stipule un seuil d'endettement de 5 millions de dollars.

La LACC constitue un cadre relativement souple permettant la réorganisation – plutôt que d'énoncer des règles plus spécifiques comme la LFI – et donne aux tribunaux un fort degré de latitude pour ce qui est d'établir comment résoudre au mieux les cas dont ils sont saisis. La loi elle-même est brève et renferme relativement peu de lignes directrices.

À la proclamation du projet de loi C-5, la LACC a été modifiée afin que ses dispositions s'harmonisent mieux avec celles de la LFI.

CHAPITRE QUATRE : TÉMOIGNAGES ET RECOMMANDATIONS DU COMITÉ SÉNATORIAL SUR LES QUESTIONS D'INSOLVABILITÉ DES PARTICULIERS

A. Biens insaisissables

Lorsqu'un particulier déclare faillite et qu'un syndic prend possession de ses biens afin de les distribuer aux créanciers, certaines catégories de biens – les biens insaisissables – continuent d'appartenir au débiteur. Il y a un motif d'intérêt public sous-jacent à cette règle : ces types de biens font partie des nécessités de base pour la vie du débiteur et de sa famille et contribuent à sa réinsertion dans la société.

Il y a un motif d'intérêt public sous-jacent à cette règle : ces types de biens font partie des nécessités de base pour la vie du débiteur et de sa famille et contribuent à sa réinsertion dans la société.

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* prévoit trois catégories de biens insaisissables :

- les biens détenus en fiducie par le failli pour toute autre personne;
- les paiements au titre de crédits de la taxe sur les produits et services et les paiements prescrits relatifs à leurs besoins essentiels;
- les biens qui, à l'encontre du failli, sont exempts de saisie sous le régime des lois applicables dans la province dans laquelle sont situés ces biens et où réside le failli.

La troisième catégorie – les exemptions provinciales et territoriales – varie selon les provinces. Il existe néanmoins certaines similitudes. À titre d'exemple, les biens suivants sont habituellement considérés comme des biens exemptés, dont la

valeur monétaire est souvent limitée : aliments, meubles, appareils, instruments médicaux, outils nécessaires pour gagner un revenu et un véhicule. Certaines provinces accordent une exemption pour les parts dans un immeuble, tandis que d'autres ne le font pas. Cela dit, les types et la valeur des biens insaisissables varient passablement et certaines exemptions n'ont pas été mises à jour pour refléter les augmentations du coût de la vie ou les changements sociaux. Sont également exempts de saisie en vertu de la loi provinciale ou territoriale, les fonds investis dans les régimes enregistrés d'épargne retraite des compagnies d'assurance-vie.

Cela dit, les types et la valeur des biens insaisissables varient passablement et certaines exemptions n'ont pas été mises à jour pour refléter les augmentations du coût de la vie ou les changements sociaux.

Depuis 1970, année où le Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité – le comité Tassé – a reconnu les avantages d'une liste d'exemptions fédérales et n'a pas vu d'obstacles constitutionnels à son existence tout en soutenant le maintien des exemptions provinciales et territoriales, on débat de l'opportunité d'instituer une liste fédérale des biens insaisissables en tant que substitut des exemptions provinciales et territoriales ou comme option de remplacement de celles-ci.

Les partisans des exemptions provinciales ou territoriales soutiennent que le système actuel permet de tenir compte des variations régionales du coût de la vie et de l'utilisation de biens. Les opposants, de leur côté, croient que les exemptions provinciales et territoriales ne sont pas conforment à la prémisse fondamentale de la législation canadienne en matière d'insolvabilité : les faillis et leurs créanciers devraient recevoir le même traitement peu importe leur lieu de résidence ou d'affaires. Ils croient que le système actuel manque d'uniformité et peut susciter des injustices dans le traitement des débiteurs; dans les cas extrêmes, il encourage les débiteurs à surveiller les exemptions dans l'ensemble des provinces et des territoires – essentiellement, à chercher les exemptions les plus avantageuses – et à déménager dans la province ou le territoire accordant les exemptions les plus généreuses avant de déclarer faillite. Conformes à ce point de vue, les montants fixés à l'échelle fédérale devraient s'appliquer de la même manière que la directive du surintendant des

faillites à l'égard des revenus excédentaires est appliquée partout au pays.

Les témoins ont exprimé au Comité différents points de vue sur la question des exemptions fédérales : pour, contre et en tant qu'option. Le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle a recommandé une liste d'exemptions fédérales, à titre d'options de remplacement des exemptions provinciales et territoriales, que les débiteurs pourraient choisir au moment de déposer une déclaration de faillite :

- les meubles et les appareils ménagers dont la valeur maximale est limitée à 7500 $;
- le matériel et les appareils médicaux prescrits ainsi que les médicaments d'ordonnance utilisés ou consommés par le débiteur ou sa famille;
- un véhicule moteur, d'une valeur maximale de 3000 $ (valeur nette);
- les outils et les livres nécessaires à l'exercice d'un métier ou d'une profession, à l'exclusion des véhicules moteurs utilisés pour le commerce ou les affaires, d'une valeur pouvant atteindre au plus 10 000 $ en valeur nette;
- la valeur nette de la résidence d'un débiteur, jusqu'à 5000 $, pour chaque débiteur ayant droit à une exemption complète dans les cas de déclaration conjointe;
- les biens immeubles et personnels utilisés par un débiteur dont le gagne-pain provient de l'agriculture, de la pêche, de la foresterie ou autres activités liées au secteur des ressources naturelles d'une valeur qui n'est pas inférieure à 10 000 $ et n'excède pas 20 000 $ en valeur réelle, telles que régies par les lois provinciales ou territoriales.

De plus, le Groupe de travail a recommandé d'ajuster périodiquement la valeur des biens insaisissables afin de refléter les hausses du coût de la vie. Cette mise à jour pourrait être prévue dans un règlement de la Loi ou, de préférence, dans une directive provenant du surintendant. Le troc entre les différentes catégories d'exemptions – ce qu'on appelle une exemption « privilégiée », une pratique américaine – n'est pas recommandé.

Les professeurs Ziegel et Telfer, représentant de nombreux professeurs de droit, ont manifesté leur appui à la notion d'une liste d'exemptions fédérales optionnelle, comme l'a fait l'Association du Barreau canadien, quoique cette dernière ait déclaré craindre les complexités éventuelles de la mise en application de deux systèmes d'exemptions. L'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation et l'Institut d'insolvabilité du Canada appuient généralement la proposition des groupes de travail puisque, à leur avis, la liste fédérale réglementaire des exemptions compenserait la disparité qui existe présentement entre les exemptions provinciales relatives à des biens spécifiques. Ils ont également affirmé que le failli doit choisir un système ou l'autre et ne doit pas être autorisé à faire une sélection parmi les exemptions réglementaires fédérales et provinciales.

D'autres témoins ont cependant soutenu en présence du Comité qu'une liste fédérale ne tiendrait pas suffisamment compte des variations régionales, qu'elle n'assurerait pas l'uniformité partout au Canada, mais qu'elle ajouterait de la complexité. Omega One Ltd a déclaré au Comité qu'un système parallèle d'exemptions fédérales ajouterait de la complexité pour un bénéfice apparent minime. Dans les provinces où les exemptions sont minimes, les débiteurs adopteront probablement les exemptions fédérales proposées comme choix courant. L'échelle fédérale pourrait devenir l'échelle de fait pour ces provinces. Les résidants des provinces dont les exemptions sont généreuses ne tiendront pas compte du système fédéral proposé. La protection demeurera inégale dans l'ensemble du Canada. En fait, à son

avis, il pourrait y avoir des irrégularités concernant le droit de propriété dans certaines provinces.

... nous croyons qu'une liste d'exemptions fédérale devrait constituer une option accessible aux faillis.

Advocis, organisation formée par la fusion de l'Association canadienne des conseillers en assurance et en finances et de l'Association canadienne de planificateurs financiers, n'appuient pas non plus les exemptions fédérales. L'organisation a déclaré au Comité que la Loi devrait continuer d'englober les exemptions provinciales par référence; la Loi ne devrait pas annuler ces exemptions.

L'Association des banquiers canadiens recommande un système d'exemptions pour la saisie, les listes provinciales et territoriales qui existent déjà ou l'élaboration d'une liste fédérale. À leur avis, la Loi devrait demeurer telle quelle ou inclure une liste fédérale d'exemptions, mais pas les deux; le failli ne devrait pas avoir le choix entre une liste fédérale et une liste provinciale ou territoriale. L'Association croit que ce choix n'éliminerait pas les écarts régionaux et ne ferait qu'ajouter à la complexité du processus sans donner grand-chose.

Bien que le Comité respecte les arguments présentés par les partisans des exemptions provinciales et territoriales seulement et par ceux qui croient que le droit devrait clairement prévoir les exemptions provinciales et territoriales ou les exemptions fédérales mais pas les deux, nous croyons qu'une liste d'exemptions fédérale devrait constituer une option accessible aux faillis. À notre avis, le failli devrait choisir soit la liste fédérale, soit la liste d'exemptions provinciale ou territoriale de sa localité dans sa globalité, au moment de déposer une déclaration de faillite. De plus, compte tenu des témoignages selon lesquels la valeur des biens inscrits sur les listes provinciales et territoriales n'a pas été mise à jour au fil du temps, nous croyons qu'il faudrait faire des corrections annuelles afin de reconnaître les effets de l'inflation. Nous pensons qu'en offrant cette option aux faillis, nous contribueront à assurer l'équité que nous recherchons dans notre système d'insolvabilité et c'est pourquoi le Comité recommande :

Nous pensons qu'en offrant cette option aux faillis, nous contribueront à assurer l'équité que nous recherchons dans notre système d'insolvabilité ...

Que le règlement de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifié pour y ajouter une liste de biens insaisissables. Au moment où il dépose une déclaration de faillite, le débiteur serait tenu de choisir de se prévaloir soit de la liste fédérale, soit de la liste provinciale correspondant à son lieu de résidence. La valeur des biens figurant dans la liste fédérale des biens insaisissables serait corrigée annuellement en fonction de l'augmentation du coût de la vie telle qu'elle est mesurée par l'indice des prix à la consommation.

B. Le cas des REER et des REEE

En vertu de la Loi, les biens d'un débiteur exempts de saisie sous le régime des lois en vigueur dans la province ou le territoire où sont situés ces biens et où le failli réside ne font pas partie des biens d'un failli et ne sont pas disponibles pour la distribution aux créanciers. Par conséquent, puisqu'en vertu des lois fédérales, provinciales et territoriales en matière de retraite et d'assurance, les régimes de retraite agréés et les indemnités des polices d'assurance sont exempts de l'exécution et de la saisie, les prestations des régimes de retraite agréés et des régimes enregistrés d'épargne-retraite (REER) associés aux polices d'assurance sont habituellement exempts de saisie dans une faillite. Cela étant dit, il existe un nombre limité de cas dans lesquels un débiteur ayant des REER exempts de saisie a été obligé, comme condition de libération, de céder une partie de son REER et de remettre le montant après impôt au syndic pour distribution aux créanciers. Au Québec, les REER convertibles en rentes des sociétés de fiducie sont aussi exemptés.

... puisqu'en vertu des lois fédérales, provinciales et territoriales en matière de retraite et d'assurance, les régimes de retraite agréés et les indemnités des polices d'assurance sont exempts de l'exécution et de la saisie, les prestations des régimes de retraite agréés et des régimes enregistrés d'épargne-retraite (REER) associés aux polices d'assurance sont habituellement exempts de saisie dans une faillite.

Les autres types de REER – comme ceux des banques, des courtiers ou les fonds autogérés, ou ceux qui ne sont pas agréés, ou non administrés par une compagnie d'assurance – ne sont habituellement pas exempts, à moins par exemple qu'ils soient immobilisés dans des fonds REER qui ont été transférés d'un fonds de pension au moment de la retraite. Si le failli est détenteur d'un REER non immobilisé, autre que ceux administrés par une compagnie d'assurance, ce REER est saisi par le syndic et est disponible pour la distribution aux créanciers.

Il existe des arguments pour et contre l'étendue d'une exemption de saisie applicable à tous les REER en cas de faillite. Les partisans font valoir l'objectif de la politique d'État visant à aider les citoyens canadiens à économiser pour leur retraite. Dans cette perspective, si le gouvernement fédéral a l'impression que cette entreprise est suffisamment valable pour

qu'il veuille offrir une aide fiscale à l'épargne-retraite, il est logique de protéger les épargnes-retraite de la saisie en cas de faillite et de protéger dans la même mesure toutes les formes d'épargne-retraite. Cette protection est particulièrement importante pour les employés qui n'ont pas de régime enregistré de retraite parrainé par l'employeur ou pour les travailleurs indépendants.

Les opposants font cependant remarquer que l'exemption de saisie des REER *non administrés par une compagnie d'assurance réduirait les montants disponibles pour la distribution aux créanciers.*

Les opposants font cependant remarquer que l'exemption de saisie des REER non administrés par une compagnie d'assurance réduirait les montants disponibles pour la distribution aux créanciers. Ils observent également que les REER non immobilisés peuvent servir à d'autres fins que la retraite et que les détenteurs de REER ont le choix d'acheter un REER administré par une compagnie d'assurance et de protéger ainsi ces biens de la saisie. Enfin, les opposants croient que les REER sont une forme d'investissement et ne devraient pas être traités différemment des autres investissements; si les REER sont exempts de saisie, il faudrait que les autres investissements le soient également.

Les témoins ont présenté au Comité des recommandations pour et contre l'exemption des REER, non administrés par une compagnie d'assurance, de la saisie en cas de faillite. Le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle souligne que le gouvernement fédéral a fait un choix politique en décidant de fournir aux particuliers un incitatif pour épargner en vue de leur retraite. Des mesures incitatives sont déjà appliquées notamment le statut d'exemption accordé aux régimes de retraite agréés et le traitement fiscal des régimes de retraite agréés et des régimes enregistrés d'épargne-retraite, entre autres. Le Groupe de travail soutient que dans une faillite, il serait incorrect de traiter les REER exactement de la même manière que les pensions, car il existe plusieurs différences clés qui exigent un traitement différent. À titre d'exemple, les cotisations à un régime de pension sont habituellement obligatoires, périodiques et de montant fixe, tandis que les contributions à un REER sont volontaires, souvent irrégulières et d'un montant déterminé par l'acquéreur.

En outre, de manière générale, les régimes de retraite agréés ne peuvent être retirés avant la retraite, tandis que les REER peuvent être retirés en tout temps, à moins qu'ils ne soient immobilisés, et sont parfois utilisés à des fins n'ayant aucun rapport avec la retraite.

Bien que le Groupe de travail croie que la Loi ne devrait pas être utilisée à des fins stratégiques par ceux qui ont l'intention de protéger leurs biens de la portée de créanciers imminents ou prévisibles, il partage aussi l'opinion selon laquelle la législation sur la faillite serait conforme aux politiques de retraite et de faillite si elle prévoyait un statut d'exemption pour les économies investies dans des REER qui ont été accumulées au moyen de pratiques d'épargne prudentes en vue de la retraite avant la période d'insolvabilité. En conséquence, le Groupe de travail recommande de modifier la Loi de manière à ce que les REER soient admissibles à l'exemption en cas de faillite, sous réserve de certaines exigences, notamment : l'immobilisation pour s'assurer que les fonds sont utilisés pour la retraite, sauf exceptions dans les cas de difficultés financières; le statut de non-exemption pour les cotisations versées au cours des trois années qui précèdent la faillite afin d'empêcher les comportements stratégiques et de permettre la saisie des sommes qui pourraient raisonnablement servir au paiement des dettes; le traitement des montants investis dans un REER immobilisé comme revenu sous réserve des normes sur les revenus excédentaires; et un plafond à l'exemption, liée à l'âge du débiteur et à la limite de cotisation REER maximale durant l'année de la faillite de sorte que les faillis âgés soient en mesure de protéger davantage leur épargne-retraite

L'Association du Barreau canadien appui de manière générale la proposition du Groupe de travail, mais elle recommande une récupération de deux ans et pas de plafond; toutefois, s'il fallait imposer un plafond, il faudrait l'ajuster périodiquement. Elle appuie l'immobilisation jusqu'à la retraite car « une politique qui contribue à empêcher les retraits jusqu'à la retraite est avantageuse socialement ... Il n'y a pas de justification politique pour l'exemption des comptes d'épargne non affectés à la retraite ». De même, l'Association

canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation ainsi que l'Institut d'insolvabilité du Canada appuient la position du Groupe de travail, mais sont en faveur d'une récupération de cotisations les moins élevées dans la période de trois ans ou la valeur de marché dans le REER à la fin de la faillite.

... le rôle important des REER aidant les propriétaires de petites entreprises – qui ne sont pas susceptibles d'avoir accès un régime de retraite agréé – à épargner en vue de leur retraite.

La Fédération canadienne de l'entreprise indépendante est aussi en faveur d'une exemption pour les REER et elle déclare au Comité que la plupart de ses membres sont « nettement en faveur d'un traitement égal pour tous les REER et les régimes de retraite agréés ». Elle souligne le rôle important des REER aidant les propriétaires de petites entreprises – qui ne sont pas susceptibles d'avoir accès un régime de retraite agréé – à épargner en vue de leur retraite. Selon la Fédération, l'« injustice fondamentale avec laquelle les épargnes-retraite sont traitées dans la loi actuelle en matière de faillite ... est une mesure dissuasive allant à l'encontre des efforts du gouvernement visant à promouvoir les démarrages d'entreprise et l'entrepreneuriat au Canada ».

Advocis signale également qu'il faudrait traiter équitablement l'épargne-retraite et propose que les « particuliers qui placent la totalité ou une partie de leurs économies en vue de la retraite dans des REER ou [régimes d'intéressement différé] ou qui reçoivent un revenu de retraite [Fonds enregistrés de revenu de retraite] ou une rente financée par les montants de ces régimes enregistrés devrait jouir de la même protection contre les créanciers que les particuliers qui financent leur retraite au moyen de [régimes de retraite agréés] ». Il faudrait que la protection soit accessible à un plus grand nombre de particuliers, ce qui pourrait être avantageux notamment pour les employés de petites entreprises, n'ayant pas accès à un régime de retraite agréé, ou les travailleurs indépendants dont le revenu est modeste.

L'organisation croit aussi que le revenu tiré d'un REER, d'un régime d'intéressement différé, ou d'un fonds enregistré de revenu de retraite (FERR) devrait être protégé dans la

même mesure qu'une rente provenant d'un régime de retraite agréé. Elle commente également la recommandation du Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle concernant la non-exemption des cotisations versées au cours des trois années qui précèdent la faillite. Elle rejette notamment l'hypothèse [du Groupe de travail] selon laquelle toutes les nouvelles cotisations à un REER protégé versées au cours des trois années précédant une faillite constitueraient des transferts frauduleux visant à escroquer un créancier ».

Selon le Alberta Law Reform Institute (l'institut), « il y a une injustice dans l'exposition des REER non administrés par une compagnie d'assurance, par comparaison avec la protection pratiquement complète des REER et des rentes administrées par une compagnie d'assurance et de la plupart des pensions ». Essentiellement, l'institut croit que les REER, les régimes d'intéressement différé et les FERR administrés ou non par une compagnie d'assurance …, et les obligations de payer des sommes prises dans ces régimes, devraient être complètement exempts des recours de créanciers judiciaires. Il ne devrait pas y avoir de distinction entre les recours et l'exemption ne devrait pas être différente pour les produits administrés ou non par une compagnie d'assurance ». Enfin, en faisant remarquer que bon nombre – et peut-être la plupart – des débiteurs n'ont pas de REER ou l'ont déjà cédé, l'institut soutient que l'incidence pratique d'une exemption totale sera vraisemblablement minime dans la plupart des situations.

L'Association des banquiers canadiens et le Comité croient à la nécessité d'établir des règles du jeu équitables pour les produits d'épargne-retraite et de revenus : en faire des produits exposés à la saisie en cas de faillite ou exempts de saisie en cas de faillite. L'Association recommande une recherche supplémentaire pour déterminer si l'exemption de saisie des REER autres que ceux des compagnies d'assurance en cas de faillite est une question nécessitant une modification législative.

Le Comité a trouvé assez convaincants les arguments présentés par les témoins qui réclament l'uniformité du traitement de l'épargne-retraite. À notre avis, l'intérêt public est servi lorsque les Canadiens et les Canadiennes épargnent en vue de leur retraite. Bien que certains Canadiens soient en mesure de le faire au moyen d'un régime de retraite agréé offert comme rémunération différée par leur employeur – auquel s'ajoute peut-être l'épargne privée dans les régimes enregistrés d'épargne-retraite– ceux qui n'ont pas accès à un régime de retraite agréé et les travailleurs indépendants doivent compter sur les REER.

Le Comité a trouvé assez convaincants les arguments présentés par les témoins qui réclament l'uniformité du traitement de l'épargne-retraite.

Comme nous l'avons déjà mentionné, les montants investis dans un régime de retraite agréé et certains REER – notamment ceux qui sont associés à des polices d'assurance et ceux qui sont immobilisés – sont en général protégés de la saisie. Le Comité se préoccupe de l'iniquité : l'iniquité entre le traitement des régimes de retraite agréés et des REER, et l'iniquité entre les REER administrés par une compagnie d'assurance et les autres REER. À notre avis, avec le traitement différentiel dans le dernier cas, il existe un danger que la protection soit accordée seulement aux détenteurs de REER qui sont peut-être des débiteurs prévoyant une faillite éventuelle ou qui ont bénéficié des conseils financiers d'un spécialiste. Cela étant dit, nous sommes pleinement conscients des différences qui existent entre les régimes de retraite agréés – qui sont une rémunération différée – et la plupart des REER, qui sont des instruments d'épargne-retraite ne pouvant pas être perçus comme une rémunération différée. En outre, nous sommes aussi conscients que les régimes de retraite agréés fournissent essentiellement des prestations de retraite et que les cotisations sont immobilisées jusqu'à ce temps, tandis que les fonds investis dans des REER qui ne sont pas immobilisés peuvent actuellement être utilisés pour des motifs qui ne sont pas restreints aux fins de retraite, puisqu'il est possible de s'en servir pour acheter une maison et pour l'éducation dans certaines circonstances ou de les retirer et de les utiliser à d'autres fins.

Dans le passé, notamment pendant l'examen du projet de loi C-5, le Comité a manifesté son appui à l'exemption de la

saisie de tous les REER en cas de faillite, sous réserve – bien sûr – de mesures suffisantes pour empêcher l'abus. En cherchant un traitement uniforme qui rendrait les règles d'exemption plus équitables et assurerait la protection constante de l'ensemble des REER, peu importe leur type, nous demandons avec insistance au gouvernement fédéral de corriger les iniquités qui existent entre les REER associés à une assurance et les autres REER.

L'équité envers les débiteurs exige le traitement équitable des instruments d'épargne-retraite, tandis que l'équité envers les aux créanciers exige que les REER *soient immobilisés et que les cotisations versées durant les douze mois qui précèdent la faillite … soient disponibles pour satisfaire à leurs demandes.*

Les opinions du Comité n'ont pas changé. Nous continuons de croire que des modifications sont nécessaires pour assurer l'équité. L'équité envers les débiteurs exige le traitement équitable des instruments d'épargne-retraite, tandis que l'équité envers les aux créanciers exige que les REER soient immobilisés et que les cotisations versées durant les douze mois qui précèdent la faillite – quand les fonds auraient pu être raisonnablement utilisés pour payer les dettes – soient disponibles pour satisfaire à leurs demandes. Dans cette perspective, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée pour rendre insaisissables en cas de faillite les fonds investis dans un régime enregistré d'épargne-retraite, sous réserve des trois conditions suivantes : le régime enregistré d'épargne-retraite est immobilisé; les cotisations versées durant les 12 mois qui précèdent la faillite sont remises au syndic, qui les distribuera aux créanciers; et le montant des fonds insaisissables est assujetti à un plafond fixé par règlement et corrigé annuellement en fonction de l'augmentation du coût de la vie telle qu'elle est mesurée par l'indice des prix à la consommation.

Les régimes d'épargne-études, connus auparavant sous le nom de plans fiduciaires canadiens de bourses d'études, qui servaient de mécanismes d'épargne en vue du paiement des futures études postsecondaires des enfants, ont existé pendant plus de quarante ans au Canada. Le capital était remis au souscripteur tandis que le revenu du capital était versé sous

forme d'une bourse aux étudiants poursuivant des études postsecondaires dans un établissement conférant des grades universitaires. Le revenu tiré du régime était attribué à son souscripteur comme s'il s'agissait d'un revenu gagné et était imposable. Au cours des années 1970, les exemptions d'impôt pour les fonds détenus dans ces régimes ont mené à la création de régimes enregistrés d'épargne-études (REEE). Sauf dans des circonstances particulières, les produits d'un REEE ne peuvent être utilisés que pour financer des études postsecondaires.

En 1998, le gouvernement fédéral a créé la Subvention canadienne pour l'épargne-études (SCEE), ce qui a eu pour effet d'augmenter la participation à des REEE. En vertu de ce programme, le gouvernement accorde un montant pouvant atteindre 20 % des premiers 2 000 $ versés annuellement dans un REEE par une personne résidant au Canada. La subvention ne peut être versée qu'aux étudiants fréquentant des établissements postsecondaires agréés. À la fin de 2000, environ 1,7 million de contrats de REEE étaient en vigueur, les actifs gérés étant supérieurs à 7,1 milliards de dollars, alors que trois ans plus tôt le nombre de contrats étaient d'environ 700 000 et la valeur des actifs d'environ 2,4 milliards.

Si le souscripteur à un REEE fait faillite, le syndic retire les contributions faites par le souscripteur et la subvention canadienne pour l'épargne-études est confisquée par le gouvernement fédéral.

Convaincus que les REEE servent l'intérêt public en favorisant une éducation plus poussée de la population, certains ont fait valoir que les fonds versés dans une REEE devraient être à l'abri de la saisie en cas de faillite ...

Convaincus que les REEE servent l'intérêt public en favorisant une éducation plus poussée de la population, certains ont fait valoir que les fonds versés dans une REEE devraient être à l'abri de la saisie en cas de faillite; selon leur point de vue, l'aide fédérale aux REEE et le soutien accordé par le biais de la SCEE montrent à quel point l'éducation est jugée importante. D'autres cependant font valoir que le fait d'accorder une telle exemption défavoriserait les créanciers en réduisant la quantité d'argent qui peut leur être distribuée et éroderait le principe d'une distribution équitable des actifs lors

d'une faillite. De même, de leur point de vue, les REEE peuvent être perçus comme un investissement qui doit être traité comme les autres investissements en cas de faillite.

Le Comité a entendu le témoignage de l'association des vendeurs de régimes enregistrés d'épargne-études (REEE) à propos de traitement accordé à ces régimes lorsqu'un souscripteur fait faillite. L'association a fait valoir qu'en raison de la croissance rapide des frais qu'entraîne l'éducation postsecondaire, « Les REEE sont souvent les seuls instruments sûrs de placement dont disposent les enfants pour financer les études postsecondaires dont ils ont besoin. Dans ce contexte, tous les fonds (le principal, les intérêts et la SCEE) devraient être entièrement protégés et échapper à la saisie par les créanciers en cas de déclaration de faillite ». De l'avis de l'association, le concept de protection des REEE contre la saisie par les créanciers s'apparente à la protection déjà accordée aux polices d'assurance-vie. Selon ses calculs, le maximum qui serait protégé contre les créanciers pendant la durée moyenne de 15 ans d'un régime serait de 19 649 $, ceci comprenant le principal, les intérêts et l'apport de la Subvention canadienne pour l'épargne-études.

L'association a également fait mention de la nécessité d'en arriver à un « juste équilibre ... entre la promotion des droits des consommateurs à une protection et la protection des droits des créanciers ». Dans cette perspective, elle a recommandé de n'accorder aucune forme de protection à une adhésion à un REEE ou une contribution non ordinaire en capital effectuée un an ou moins avant la date de la déclaration de faillite. Enfin, en raison de l'existence de catégories différentes de clients, elle a recommandé que des niveaux différents de protection soient accordés selon qu'il s'agit d'un parent ayant la garde d'un bénéficiaire ou de personnes autres.

Le Comité est lui aussi favorable à un niveau de scolarité élevé de la main-d'œuvre et croit que le gouvernement fédéral a un rôle à jouer à cet égard. À notre avis cependant, il ne convient pas que les fonds accumulés dans dans un REEE soient intégralement protégés de la saisie

en cas de faillite du souscripteur. Outre la SCEE, le gouvernement fédéral offre une gamme de subventions et de prêts destinés à aider les étudiants à poursuivre leurs études postsecondaires. Dans ce cas-ci, notre attention porte principalement sur un traitement équitable des créanciers et des bénéficiaires de REEE. L'équité envers les créanciers suppose que les sommes qui peuvent leur être distribuées soient aussi élevées qu'elles peuvent raisonnablement l'être et l'équité envers les bénéficiaires de REEE suppose que ceux-ci doivent pouvoir disposer des sommes qui ont été économisées en vue de leurs études. Comme dans le cas des REER, nous pensons que les fonds devraient être immobilisés pour garantir qu'ils sont employés aux fins prévues –financer des études – et que les cotisations versées dans l'année qui précède la faillite devraient pouvoir servir à rembourser les créanciers puisqu'elles auraient raisonnablement pu servir à payer des dettes. En conséquence, le Comité recommande :

À notre avis cependant, il ne convient pas que les fonds accumulés dans un REEE soient intégralement protégés de la saisie en cas de faillite du souscripteur.

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée pour rendre insaisissables en cas de faillite les fonds investis dans un régime enregistré d'épargne-études, sous réserve des deux conditions suivantes : le régime enregistré d'épargne-études est immobilisé et les cotisations versées durant les 12 mois qui précèdent la faillite sont remises au syndic, qui les distribuera aux créanciers.

C. Ententes de réaffirmation

Une entente de réaffirmation est une entente conclue entre un failli et son ou ses créanciers pour réaffirmer - ou remettre en vigueur – la responsabilité pour les dettes contractées avant la faillite qui ont été éteintes. Il peut y avoir réaffirmation de fait ou réaffirmation par convention expresse. Le premier genre de réaffirmation a lieu lorsque le failli continue de faire des paiements aux créanciers après sa libération des dettes en cause; les tribunaux ont interprété cette conduite du failli comme une remise en vigueur de sa promesse de faire des versements. Le deuxième genre de réaffirmation a lieu lorsque des faillis concluent des ententes écrites expresses avec des créanciers pour payer les dettes éteintes. Les tribunaux reconnaissent habituellement ces ententes lorsque des éléments suffisants ou nouveaux, comme l'octroi d'un nouveau crédit par exemple, leur sont présentés.

Aucune donnée n'est disponible à ce sujet, bien que certains indices laissent croire que la réaffirmation est souvent une condition exigée pour l'obtention d'un nouveau crédit.

Un certain nombre de questions se posent à l'égard de ces ententes. L'une d'elle est la fréquence de ces ententes de réaffirmation, d'un genre ou l'autre, au Canada. Aucune donnée n'est disponible à ce sujet, bien que certains indices laissent croire que la réaffirmation est souvent une condition exigée pour l'obtention d'un nouveau crédit. De même, il peut y avoir des raisons pour lesquelles un failli libéré fait volontairement des paiements; pensons par exemple aux prêts consentis par des parents ou des créanciers avec lesquels le débiteur entretient depuis longtemps une relation. On peut craindre que la réaffirmation de dettes éteintes ne vienne contrecarrer le principe du nouveau départ, bien qu'il puisse s'agir du seul moyen dont dispose un failli pour obtenir du crédit et dans certains cas ceci peut être dans l'intérêt des deux parties.

Actuellement, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ne fait nullement mention des ententes de réaffirmation, bien que dans certaines circonstances les tribunaux les aient autorisées.

Le Comité a entendu des témoignages favorables aussi bien que des témoignages défavorables aux ententes de réaffirmation. En ce qui regarde la réaffirmation de fait, le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle a dit au Comité que « les faillis n'avaient pas l'intention, règle générale, de réaffirmer leur promesse d'avant la faillite; ce qui est probable, c'est qu'ils ont continué d'effectuer les paiements de façon à conserver la possession des biens loués ou hypothéqués sans comprendre qu'ils réaffirmaient ainsi leur engagement de payer ». Le groupe a recommandé que les ententes de réaffirmation portant sur des transactions non garanties soient interdites en toutes circonstances et qu'elles soient interdites également, sauf à certaines conditions, quand il s'agit de transactions garanties; ces conditions ont trait à des questions telles que la possession du bien lorsque l'entente de réaffirmation écrite est conclue, les limites des sommes pour lesquelles il peut y avoir réaffirmation, les limites de la période à l'intérieur de laquelle il peut y avoir réaffirmation et la possibilité pour un failli d'annuler une réaffirmation à l'intérieur d'une certaine période.

Le Groupe de travail croit également que la Loi sur la faillite et l'insolvabilité devrait prescrire qu'un créancier commet une infraction lorsqu'il est au courant de la libération d'un failli et accepte le paiement d'une dette quelconque éteinte avec la libération, sauf dans certaines circonstances dont les paiements volontaires effectués à un parent par un failli libéré. De plus, il recommande que la poursuite des versements ou une autre conduite de la part du failli ne constitue pas une réaffirmation puisqu'une telle décision de la part du failli devrait être consciente et éclairée. De façon générale, le Groupe de travail est d'avis que les réaffirmations sont incompatibles avec le principe du nouveau départ. Il y a également danger que les discussions entre les débiteurs et les créanciers aient lieu à un moment où les débiteurs sont relativement vulnérables et peuvent subir des pressions.

Il y a également danger que les discussions entre les débiteurs et les créanciers aient lieu à un moment où les débiteurs sont relativement vulnérables et peuvent subir des pressions.

Appuyant de façon générale la ligne de pensée du Groupe de travail – sans toutefois reprendre ses recommandations qu'ils jugent trop complexes et probablement inapplicables dans la pratique – les

professeurs Ziegel et Telfer croient eux aussi « qu'il faut mettre un frein aux abus dans les ententes de réaffirmation ». Ils perçoivent la nécessité de mener d'autres études sur les pratiques qui ont cours en matière de réaffirmation dans ce pays.

L'Association du Barreau canadien n'appuie que la proposition du Groupe de travail portant sur la réaffirmation de fait, faisant valoir « que les actions inconscientes ou dues à l'ignorance ne devraient pas constituer une réaffirmation » et exprime des inquiétudes au sujet de l'imposition de limites à l'autonomie individuelle des Canadiens sans qu'on ait d'abord examiné la possibilité d'employer d'autres moyens, moins importuns, de contrôler les abus allégués. À son avis, « il n'y a pas à ce moment-ci suffisamment d'indices ou d'éléments pour justifier une réglementation quelconque des réaffirmations volontaires ».

Par ailleurs, l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation et l'Institut d'insolvabilité du Canada n'appuient pas la position du Groupe de travail et proposent que des études plus poussées soient menées sur l'ampleur et la fréquence des ententes de réaffirmation et sur la politique qu'il conviendrait d'adopter à ce sujet.

Omega One Ltd. a dit au Comité qu'à son avis il y a [TRADUCTION]« très peu de tentatives de la part des créanciers sans lien de dépendance d'obtenir des paiements pour une dette non garantie qui a préalablement été éteinte par la faillite. … Selon notre expérience, cette pratique (bien que très rare) découle habituellement de la demande d'un client. … Les fournisseurs de crédit canadiens acceptent habituellement un remboursement gratuit de dettes préalablement éteintes, mais l'offre doit venir du client et il ne doit pas y avoir de coercition ». D'avis que cette situation ne soulève pas de véritables problèmes, l'organisation croit qu'il n'est pas nécessaire de légiférer à cet égard.

De l'avis du Comité, l'interdiction des ententes de réaffirmation est simple, compatible avec le principe du nouveau départ et va dans le sens de l'objectif d'équité dans la distribution des biens ...

L'Association des banquiers canadiens aussi croit « qu'on ne devrait adopter aucune loi pour interdire de telles ententes. Il vaudrait mieux laisser au consommateur le choix de rembourser ou non une dette une fois que celle-ci est éteinte. ... Certains emprunteurs veulent rétablir leur cote auprès d'un créancier particulier et il devrait être permis de le faire ». L'Association suggère le recours à des conseillers en crédit pour « éviter que des créanciers peu scrupuleux exploitent des faillis ».

Le principe du « nouveau départ » est un élément clef du droit sur l'insolvabilité au Canada. Sous l'angle de ce principe, les particuliers qui font faillite peuvent repartir à neuf, avec seulement leurs dettes non acquittables par la faillite. Les ententes de réaffirmation sont incompatibles avec ce principe. De l'avis du Comité, l'interdiction des ententes de réaffirmation est simple, compatible avec le principe du nouveau départ et va dans le sens de l'objectif d'équité dans la distribution des biens, un objectif qui serait contrecarré si certains créanciers continuaient de recevoir des paiements en vertu d'une telle entente alors que d'autres n'en reçoivent pas. Cette façon de faire contribuerait aussi à l'atteinte de l'objectif de prévisibilité puisque les ententes de réaffirmation seraient interdites dans tous les cas. Pour ces raisons, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée pour interdire les réaffirmations de fait et les réaffirmations par convention expresse.

D. Administration sommaire

Il existe au Canada, depuis 1949, un processus de mise en faillite plus simple et moins coûteux pour les particuliers qui sont des débiteurs ayant peu de biens. Avant les modifications à la Loi sur la faillite et l'insolvabilité de 1992, seuls les débiteurs possédant des biens évalués à moins de 500 $ pouvaient recourir à la procédure d'administration sommaire – ou simplifiée. Toutefois, à partir de la constatation que beaucoup de débiteurs ne disposaient que d'un minimum de biens exemptés non garantis et qu'il fallait disposer pour eux d'une procédure de faillite plus simple et moins onéreuse, des modifications apportées en 1992 à la Loi sur la faillite et l'insolvabilité ont relevé le seuil de la valeur des biens à 5 000 $, permettant ainsi à un plus grand nombre de débiteurs de se servir du processus simplifié. Le seuil de la valeur des biens a depuis été relevé de nouveau, à 10 000 $, et en 2002 la procédure d'administration sommaire a été utilisée dans plus de 96 % des faillites administrées par le Bureau du surintendant des faillites alors que cette proportion était de 83,2 % in 1987.

... en 2002 la procédure d'administration sommaire a été utilisée dans plus de 96 % des faillites administrées par le Bureau du surintendant des faillites alors que cette proportion était de 83,2 % in 1987.

Dans la procédure d'administration sommaire, certaines des exigences de la procédure ordinaire sont soit simplifiées, soit éliminées; ainsi, il n'est pas nécessaire de publier des avis de faillite dans les journaux, des réunions des créanciers ne sont tenues que sur demande et il n'est pas exigé que des inspecteurs soient désignés. Le syndic a cependant une entrevue initiale d'évaluation avec le débiteur, expédie des documents aux créanciers et rédige un rapport qui contient des renseignements sur les affaires du failli, sur les causes de la faillite, sur la conduite du débiteur avant et après la faillite ainsi qu'une recommandation quant à la libération automatique ou non du débiteur après qu'il a été neuf mois en faillite. Le Bureau du surintendant des faillites et les créanciers peuvent s'oppose à la recommandation du syndic et/ou à la libération du débiteur.

La procédure ordinaire d'administration est employée lorsque les biens réalisables du failli ont une valeur supérieure à 10 000 $. Avec cette procédure, les créanciers se réunissent et peuvent confirmer la désignation du syndic choisi par le débiteur ou peuvent désigner un syndic de leur choix. Ils peuvent donner des directives au syndic au sujet de l'administration des biens du failli et peuvent décider par vote de désigner des inspecteurs pour assister le syndic dans son travail.

Comme nous l'avons fait remarquer précédemment, le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle a recommandé un certain nombre de changements portant sur des questions de procédure pour les propositions de consommateur et les faillites. Beaucoup de ces propositions, si elles étaient adoptées, entraîneraient une simplification et une réduction des coûts de la procédure puisqu'elles permettraient aux parties en cause de choisir le niveau de leur participation au processus à partir du principe « de l'exception plutôt que de la règle ». Nous n'analysons pas ces recommandations ici, mais elles sont présentées aux chapitres 4 et 5 du rapport du Groupe.

En présentant son point de vue sur la procédure d'administration sommaire, l'Association des banquiers canadiens a fait valoir que la proposition du Groupe de travail « offre un équilibre raisonnable entre le maintien des coûts à un faible niveau et la protection de l'intégrité du processus ». L'Association a elle aussi fait mention des économies que la simplification du processus permettrait vraisemblablement de réaliser et souligné que ces économies devraient entraîner une hausse des versements aux créanciers. Disant des modifications proposées qu'elles sont « raisonnables et judicieuses », l'Association du Barreau canadien a également recommandé l'adoption des recommandations formulées aux chapitres 4 et 5 du rapport du Groupe de travail. Enfin, l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation et l'Institut d'insolvabilité du Canada ont proposé de hausser à 15 000 $ la valeur des biens pour lesquels il serait possible de recourir à la procédure d'administration

sommaire. Ces organismes croient que cette valeur devrait être « mise à jour ne manière à ne pas exclure des gens inutilement ».

Le Comité est conscient du fait que le nombre de cas de faillite est en hausse au Canada, que le Bureau du Surintendant des faillites fait face à contraintes financières et que l'augmentation du nombre de cas équivaut généralement à une hausse des coûts – à la fois économique et sociétaux – pour tous. Il est donc non seulement nécessaire, à notre avis, de prendre des mesures visant à réduire le nombre de faillites, mais d'en prendre également pour s'assurer que les cas qui surviennent sont traités de la manière la plus efficace et la plus efficiente possible, tout en veillant au maintien de l'intégrité des mécanismes régissant l'insolvabilité. Eu égard à notre volonté de respecter les principes fondamentaux d'efficacité et d'efficience, le Comité recommande :

Il est … nécessaire … de prendre des mesures visant à réduire le nombre de faillites, mais d'en prendre également pour s'assurer que les cas qui surviennent sont traités de la manière la plus efficace et la plus efficiente possible, tout en veillant au maintien de l'intégrité des mécanismes régissant l'insolvabilité.

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit révisée afin d'en éliminer toutes les conditions de procédure superflues et d'offrir aux parties à une faillite la possibilité – dans les limites du raisonnable – de choisir leur degré de participation, laquelle serait l'exception et non la règle. Il y aurait lieu en outre d'encourager l'exploitation des moyens de communication électroniques de manière à simplifier et accélérer les procédures entourant l'insolvabilité.

E. Sûretés autres qu'en garantie du prix d'achat à l'égard de biens personnels insaisissables

Dans la plupart des provinces, les créanciers peuvent prendre en garantie des biens personnels se trouvant dans la maison d'une personne, même si en vertu des lois provinciales ou territoriales ces biens seraient autrement insaisissables en cas de faillite ou de proposition d'un consommateur. À titre d'exemple, les sociétés de prêt à la consommation peuvent – comme condition d'octroi d'un prêt – prendre une sûreté à l'égard de biens ménagers ou de véhicules, et ce même si le crédit n'a pas de rapport avec l'achat de ces articles et si ces articles sont insaisissables. Cette sûreté est également reconnue comme un privilège ou une sûreté autre qu'en garantie du prix d'achat à l'égard de biens personnels insaisissables. Elle diffère de la sûreté en garantie du prix d'achat pour laquelle les biens achetés avec le crédit accordé constituent la garantie.

Des critiques ont été formulées à l'égard de cette pratique puisqu'il est possible que des prêteurs menacent de prendre possession des biens ménagers – même si la valeur en est limitée – dans le but possible d'obtenir un meilleur traitement que les autres créanciers ou peut-être d'obtenir plus que la juste valeur marchande des biens. Essentiellement, il peut y avoir intimidation de la part du titulaire du privilège pour obtenir une préférence. Les syndics peuvent également se sentir incités à donner satisfaction aux titulaires de privilèges avant d'autres créanciers afin de faire en sorte que le débiteur et sa famille conservent leurs biens personnels. Généralement, les problèmes de cette nature qui surviennent ont trait aux véhicules automobiles.

La Loi sur la faillite et l'insolvabilité ne comprend aucune disposition visant à protéger les biens personnels d'un failli qui seraient autrement insaisissables en vertu des lois provinciales ou territoriales.

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ne comprend aucune disposition visant à protéger les biens personnels d'un failli qui seraient autrement insaisissables en vertu des lois provinciales ou territoriales. Les lois provinciales et territoriales portant sur

la protection des consommateurs touchent ces questions, mais certains croient qu'un contrôle supplémentaire est requis.

Les témoins ont exprimé des points de vue variés à ce sujet. Le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle a étudié la question des sûretés autres que les sûretés en garantie du prix d'acquisition de biens personnels insaisissables et a recommandé que la Loi soit modifiée de façon à ce qu'il ne soit plus possible d'acquérir des droits sur des biens qui seraient autrement insaisissables. Selon le Groupe de travail, la proposition devrait s'appliquer aux propositions de consommateur aussi bien qu'aux faillites et devrait « ... s'appliquer à toutes les sûretés autres que les sûretés en garantie du prix d'acquisition de biens insaisissables, destinés à l'usage personnel ou à la consommation du débiteur ou de sa famille, y compris l'habillement, l'ameublement et les véhicules automobiles ». En ce qui regarde les véhicules automobiles, le Groupe de travail croit que ces dispositions devraient s'appliquer à tout véhicule appartenant à un débiteur qui ne fait pas partie des actifs à répartir entre les créanciers. Dans les cas où la valeur des sûretés autres qu'en garantie du prix d'achat à l'égard d'articles d'habillement et d'ameublement de maison détenues par les créanciers excède la valeur de l'exemption prévue à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, le débiteur devrait avoir le droit choisir les articles qu'il veut soustraire à la saisie; quand il s'agit d'un véhicule automobile, le prêteur devrait être contraint de rembourser au débiteur le montant exempté avant de pouvoir exécuter sa sûreté.

En outre, le Groupe de travail a fait valoir auprès du Comité « qu'on n'obtiendra pas l'uniformité d'une province à l'autre concernant le traitement de cet aspect important de la législation sur les biens exemptés, dans un avenir prévisible [et que] ce manque d'uniformité justifie la mise en place d'une disposition fédérale pour assurer que tous les faillis et les personnes présentant une proposition de consommateur bénéficient d'un niveau de protection uniforme ».

Les professeurs Ziegel et Telfer, de même que l'Association du Barreau canadien, l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation et l'Institut d'insolvabilité du Canada, ont appuyé l'idée d'interdire la prise de sûretés autres qu'en garantie du prix d'achat à l'égard du mobilier personnel et des véhicules soustraits à la saisie.

Exprimant un point de vue différent, l'Association des banquiers canadiens s'est opposée à tout changement qui empêcherait l'exécution de telles sûretés. À son avis, si les prêteurs ont des garanties à l'égard d'objets qui ne sont pas des articles ménagers, ils devraient être mesure de les réaliser conformément à l'entente conclue avec le débiteur; dans le cas contraire, il pourrait devenir plus difficile d'obtenir du crédit et son coût pourrait augmenter. L'Association appuie toutefois les mesures de soutien qui empêcheraient les prêteurs de recourir à des tactiques coercitives.

… le Comité croit que la proposition avancée par le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle est fort valable.

Tout comme un certain nombre de témoins, le Comité croit que la proposition avancée par le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle est fort valable. Elle assurerait une protection uniforme dans l'ensemble du Canada, protégerait la satisfaction des besoins fondamentaux d'un débiteur insolvable et de sa famille et pourrait atténuer les problèmes découlant des ententes de réaffirmation. Essentiellement, elle va dans le sens d'un appui aux principes fondamentaux d'équité, de prévisibilité et de cohérence. En conséquence, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée afin d'interdire les sûretés autres qu'en garantie du prix d'achat à l'égard de biens personnels insaisissables. La définition des biens en question doit inclure les biens insaisissables destinés à être utilisés ou consommés par le débiteur et sa famille et doit englober les articles d'habillement, l'ameublement ménager et les véhicules appartenant au débiteur.

F. Crédit-conseil obligatoire

Actuellement, les personnes qui font une première déclaration de faillite doivent suivre deux séances de crédit-conseil obligatoires avant d'obtenir une libération automatique de leurs dettes; Les débiteurs qui soumettent une proposition de consommateur sont eux aussi tenus de suivre des séances de crédit-conseil. Les coûts sont payés à même l'actif du failli, donc ce sont essentiellement les créanciers qui financent les séances de crédit-conseil, puisque les sommes distribuées sont ainsi réduites. Le crédit-conseil s'est avéré efficace, croit-on, pour aider les débiteurs insolvables à mieux gérer leurs finances, changer leur comportement, perfectionner leurs compétences et acquérir des connaissances. Toutefois, compte tenu du moment où les séances-conseils sont obligatoires, elles sont peut-être plus utiles pour aider à prévenir une répétition des problèmes; des séances-conseils plus hâtives pourraient être envisagées pour aider les débiteurs à éviter l'insolvabilité et par conséquent, la possibilité de faillite. En outre, il convient de noter qu'un débiteur peut devenir insolvable même si ses compétences en gestion financière sont exemplaires, puisque l'insolvabilité est souvent imputable à un événement personnel ou commercial imprévu.

Le crédit-conseil s'est avéré efficace, croit-on, pour aider les débiteurs insolvables à mieux gérer leurs finances, changer leur comportement, perfectionner leurs compétences et acquérir des connaissances.

Les témoins se sont en général exprimés devant le Comité en faveur du concept du crédit-conseil. Credit Counselling Canada a indiqué que les personnes qui soumettent une proposition de consommateur ou qui déclarent faillite devraient être forcées de suivre des séances de crédit-conseil données par des conseillers en crédit bien formés. L'organisme croit que les personnes profitent énormément de ce crédit-conseil, qui est un élément important de leur rétablissement financier.

L'organisation a également souligné au Comité de l'importance la bonne formation des conseillers et a suggéré que des normes soient établies pour assurer une certaine uniformité dans la qualité du crédit-conseil; à son sens, la

formation doit aller au-delà du cours de qualification des conseillers en matière d'insolvabilité prévue dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Credit Counselling Canada croit également qu'il importerait de revoir le moment où sont données les séances de crédit-conseil et a recommandé l'ajout d'une troisième séance obligatoire.

Une troisième séance de crédit-conseil a également été suggérée par l'Union des consommateurs, qui a évoqué de façon plus générale le manque d'uniformité dans le contenu et la durée de ces séances. Le groupe a également recommandé d'imposer des amendes aux syndics qui omettent de donner les séances de crédit-conseil obligatoires et d'utiliser ces fonds pour élaborer des programmes de formation, financer les campagnes de sensibilisation ou financer les associations de consommateurs qui offrent des services à l'échelle du Canada.

Les professeurs Ziegel et Telfer ont fait valoir que si les dispositions sur le crédit-conseil obligatoire étaient retenues, elles devraient s'accompagner de dispositions sur les pratiques d'octroi de crédit irresponsables et i) autorisant les tribunaux à, entre autres, reléguer au second rang la créance des créanciers à l'égard de l'actif du failli lorsque ces derniers ont fait preuve de défaut de diligence ou d'insouciance dans l'octroi de crédit au débiteur consommateur et ii) élargissant les pouvoirs d'enquête du surintendant des faillites pour inclure les pratiques d'octroi de crédit. À leur avis, il existe une anomalie frappante entre l'exigence pour les consommateurs insolvables de recevoir un crédit-conseil et l'absence de restrictions imposées aux détaillants, prêteurs, compagnies de carte de crédit dans le cas des pratiques d'octroi de crédit. Ils appuient également les études parrainées par l'administration fédérale sur les effets du crédit-conseil sur les faillites et de l'éducation des consommateurs en matière de crédit, y compris au début de leur carrière et au niveau de l'école secondaire.

Enfin, l'Association des banquiers canadiens est d'accord avec les séances de crédit-conseil données par une partie indépendante pour faire en sorte que les emprunteurs

sont au courant de leurs options et des avantages et des inconvénients de chacune. Elle a recommandé d'envisager une modification à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* pour qu'une séance de crédit-conseil indépendante soit obligatoire avant la déclaration de faillite.

Le Comité croit fermement qu'il vaut mieux prévenir que guérir. Bien que nous reconnaissions que l'insolvabilité se produit souvent pour des raisons tout à fait indépendante des compétences en gestion financière, nous sommes d'avis que les séances de crédit-conseil obligatoires sont importantes pour aider les personnes en faillite à éviter d'autres difficultés financières à l'avenir.

Le Comité croit fermement qu'il vaut mieux prévenir que guérir. Bien que nous reconnaissions que l'insolvabilité se produit souvent pour des raisons tout à fait indépendante des compétences en gestion financière, nous sommes d'avis que les séances de crédit-conseil obligatoires sont importantes pour aider les personnes en faillite à éviter d'autres difficultés financières à l'avenir. Toutefois, le contenu des séances de crédit-conseil et le moment où elles sont données sont la clé de leur efficacité et nous nous demandons si les séances de crédit-conseil obligatoires pour une libération automatique n'arriveraient pas dans un certain sens « un peu trop tard ». Néanmoins, nous sommes d'accord avec la tenue de séances de crédit-conseil obligatoires dans l'optique des principes de responsabilité et d'équité. En tant que nation, il nous incombe d'aider nos concitoyens à éviter les difficultés financières, dans la mesure du possible, et il incombe à ces derniers de faire ce qu'ils peuvent pour éviter l'insolvabilité, qui comporte des coûts sociaux et économiques pour eux-mêmes, leur famille et notre pays. En toute équité, nous devons nous aider les uns les autres à éviter ces coûts. Le Comité recommande donc :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée afin de forcer les personnes qui font une première ou une seconde déclaration de faillite à suivre des séances de crédit-conseil pour bénéficier de la libération automatique possible après 9 mois et 21 mois respectivement. Les débiteurs qui soumettent une proposition de consommateur devraient eux-aussi être tenus de suivre des séances de crédit-conseil. Il faudrait examiner la nature des séances de crédit-conseil et le moment où elles sont données pour en vérifier l'efficacité.

G. Privilèges des consommateurs

Les privilèges des consommateurs visent à protéger les consommateurs déposant qui ne se considèrent peut-être pas comme des créanciers et qui n'ont pas l'intention de prendre des risques.

Les consommateurs doivent souvent laisser un dépôt à un détaillant à titre de paiement partiel des produits et services qui doivent lui être livrés ou fournis plus tard; il arrive que le consommateur paie en entier le bien ou le service, qui n'est pas encore livré. Si le vendeur fait faillite avant que le consommateur ne reçoive les produits ou les services, ce dernier a en général une créance ordinaire sans chance réelle de recouvrement.

Les privilèges des consommateurs visent à protéger les consommateurs déposant qui ne se considèrent peut-être pas comme des créanciers et qui n'ont pas l'intention de prendre des risques. Ces privilèges passent avant les créances garanties et protègent un groupe particulier de créanciers aux dépens des autres créanciers. En outre, ils peuvent influencer la disponibilité et le coût du crédit. À l'instar de la sûreté sur la valeur de non-acquisition de biens meubles, la question des consommateurs-créanciers peut être traitée dans la législation provinciale/territoriale.

Actuellement, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ne contient aucune disposition sur les privilèges des consommateurs.

L'Association des consommateurs du Canada a fait valoir que dans des transactions commerciales (de commerce à commerce), il est habituellement présumé que les parties d'une transaction, qu'il s'agisse d'un prêt ou d'une extension de crédit pour l'achat de produits ou de services, sont à même d'évaluer le risque ou de chercher l'aide appropriée et de prendre une décision informée. Dans le cas d'une transaction entre un consommateur et une entreprise, les participants ne sont pas sur un même pied d'égalité. Même en suivant le principe caveat emptor/que l'acheteur prenne garde et en évitant les

situations qui semblent risquées, le consommateur est fondamentalement à la merci du vendeur.

L'Association cite en exemple des consommateurs qui ont acheté des billets d'avance pour des spectacles publics annulés par la suite et les personnes qui ont acheté un billet d'avion auprès d'un transporteur aérien qui a par la suite mis un terme à ses activités. Il en est de même quand des consommateurs laissent un dépôt sur une marchandise qui n'est pas disponible au moment de l'achat, mais qui doit être livrée plus tard ou quand ils achètent des produits qui doivent être livrés ou utilisés plus tard. À son avis, la législation sur la protection du consommateur est déficiente et toute somme d'argent laissée au vendeur pour des produits ou services éventuels doit être retournée; en effet, cet argent est gardé en fiducie et ne doit pas être calculé dans les biens saisis et par conséquent, ne doit pas être liquidé par le syndic.

L'Association des banquiers canadiens a toutefois suggéré au Comité que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ne soit pas modifiée pour inclure une disposition sur les privilèges des consommateurs. À son sens, un tel changement limiterait la disponibilité de crédit et ferait augmenter le coût des emprunts. De plus, l'efficacité serait amoindrie, puisque les créanciers ne seraient pas en mesure de déterminer avec exactitude la position financière des emprunteurs.

Bien que le Comité sympathise avec les personnes qui se trouvent désavantagées lorsqu'un vendeur auprès duquel ils ont laissé un dépôt fait faillite, nous croyons qu'il ne serait pas approprié que la question soit traitée dans le cadre d'une loi fédérale. En outre, nous sommes d'avis que la protection d'un groupe en particulier de créanciers aux dépens d'autres créanciers est peut-être injuste, que l'efficacité pourrait en souffrir et qu'elle ne devrait être assurée qu'à la suite d'un examen très attentif des conséquences non intentionnelles qui pourraient en résulter. Le Comité recommande donc :

... nous sommes d'avis que la protection d'un groupe en particulier de créanciers aux dépens d'autres créanciers est peut-être injuste, que l'efficacité pourrait en souffrir et qu'elle ne devrait être assurée qu'à la suite d'un examen très attentif des conséquences non intentionnelles qui pourraient en résulter.

Que la question des privilèges des consommateurs continue de relever des lois provinciales et territoriales sur la protection des consommateurs.

H. Prêts étudiants

Il semblerait d'après les faits connus qu'une minorité d'emprunteurs de prêt étudiant ont beaucoup de difficultés à rembourser leur prêt étudiant et que ce ceux qui ne les remboursent pas ne font pas preuve de mauvaise volonté, mais que leur situation financière est telle qu'ils ne sont pas en mesure de payer. De plus, il semblerait que la personne qui déclare faillite et qui a une dette associée à un prêt étudiant se trouve dans une situation financière plus difficile que la personne moyenne qui cherche la protection de la loi sur les faillites.

Le Canada aide depuis longtemps les étudiants qui désirent poursuivre des études postsecondaires. Depuis presque quatre décennies, le gouvernement fédéral aide les étudiants nécessiteux en leur offrant des prêts, sans intérêt durant les études, avec une période de grâce de six mois après les études avant que la personne ne soit tenue de payer des intérêts. Actuellement, environ 350 000 étudiants profitent chaque année du Programme canadien de prêts aux étudiants et la majorité de ces étudiants remboursent leurs prêts en entier et à temps. Comme il est indiqué ci-dessous, les étudiants qui ne peuvent pas rembourser leur prêt ont accès à divers mécanismes de gestion de la dette pour les aider à éviter la faillite. Les étudiants ont également accès aux programmes de prêts étudiants provinciaux.

Le Canada aide depuis longtemps les étudiants qui désirent poursuivre des études postsecondaires.

Au cours de la dernière décennie, des changements importants ont été apportés au traitement des prêts étudiants en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, peut-être à cause du nombre grandissant de détenteurs de prêt étudiant qui ne remboursaient pas leur prêt étudiant au début des années 1990. Au cours de la période 1990-1991, plus de 5 600 emprunteurs, dont les prêts étudiants totalisaient 40,5 millions de dollars, ont déclaré faillite. Cinq ans plus tard, environ 11 000 emprunteurs ont déclaré faillite; le total de leurs prêts dépassait 100 millions de dollars en prêts étudiants. Au cours

de la période de 1990-1997, environ 53 000 emprunteurs ont déclaré faillite ou ont participé à un événement lié à la faillite; le total de leurs dettes s'élevait à environ 445 millions de dollars en prêts étudiants à ce moment-là; dans la plupart des cas, cela s'est produit dans un délai de sept ans après leurs études. Ce recours à la faillite a fait encourir des pertes aux gouvernements et par conséquent, aux contribuables.

Avant 1997, la dette associée à un prêt étudiant était traitée de la même manière qu'une autre dette de consommation; en général, les personnes étaient libérées des prêts étudiants et des autres dettes, si le syndic ou le créancier croyait qu'elles n'avaient pas fait un usage abusif du système; sinon, ils pouvaient s'opposer à la libération ou les créanciers pouvaient refuser d'accepter une proposition de consommateur.

Cependant, les modifications qui ont été apportées à la Loi sur la faillite et l'insolvabilité en septembre 1997 ont changé le statu de la dette associée à un prêt étudiant et d'après certains, ces modifications ont éloigné le système de l'insolvabilité de l'objectif consistant à réduire la mesure dans laquelle une catégorie particulière de créanciers reçoit un traitement spécial en vertu de la Loi.

Cependant, les modifications qui ont été apportées à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* en septembre 1997 ont changé le statu de la dette associée à un prêt étudiant et d'après certains, ces modifications ont éloigné le système de l'insolvabilité de l'objectif consistant à réduire la mesure dans laquelle une catégorie particulière de créanciers reçoit un traitement spécial en vertu de la Loi. Plus précisément, les dettes associées à des prêts étudiants ont été exclues de l'ordonnance de libération si le débiteur déclarait faillite avant de terminer ses études à temps plein ou à temps partiel ou dans un délai de deux ans après la fin des études. Un débiteur qui déclarait faillite au cours de la période de deux ans pouvait toutefois demander à la cour à la fin de la période une libération de sa dette associée à son prêt étudiant; le tribunal pouvait ordonner une libération si l'étudiant avait démontré qu'il avait tenté de bonne foi de rembourser la dette, mais qu'il était incapable de le faire et que le remboursement lui ferait subir des difficultés importantes. Les personnes qui ont déclaré faillite après la période de deux ans pouvaient obtenir une libération de leur prêt étudiant de la même manière que pour toute autre dette de consommation au cours d'un processus de déclaration de faillite. Le changement

a été fait, semble-t-il, en partie pour sauvegarder la viabilité du Programme canadien de prêts aux étudiants.

En outre, cette année-là, le budget fédéral a prolongé la période durant laquelle les emprunteurs admissibles qui répondaient à certaines exigences en matière de revenu pouvaient recevoir une exemption d'intérêts. De façon plus précise, la période a été prolongée pour passer de 18 à 30 mois; elle était disponible durant toute la période de remboursement du prêt. En outre, aucun paiement d'intérêts ou de capital n'était requis au moment de recevoir l'exemption d'intérêts et les intérêts ne s'accumulaient pas.

Les modifications de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* apportées en 1998 ont allongé la période durant laquelle la dette des étudiants ne pouvait pas être libérée pour la faire passer de deux à dix ans. D'autres changements ont été apportés au Programme canadien de prêts aux étudiants à la suite du budget fédéral de 1998 et ces changements visaient, croyait-on, à aider les étudiants à éviter la faillite imputable à la dette associée au prêt étudiant. Les périodes d'exemption d'intérêts ont été prolongées de nouveau, de sorte que les étudiants dont le revenu était inférieur aux seuils de revenu établi – qui ont été augmentés de 9 % – pouvaient être admissibles à une période d'exemption d'intérêts pouvant atteindre 54 mois, durant les cinq premières années suivant la fin des études; cette période, ajoutée à la période de grâce de six mois, permettait le report des paiements des intérêts et du capital cinq ans après la fin des études. En outre, des crédits d'impôt fédéral sur les intérêts payés sur les prêts étudiants du gouvernement ont été créés et une réduction de la dette comme mesure de remboursement a été institué. Deux programmes de subvention ont également été établis, y compris celui de la Fondation canadienne des bourses d'études du millénaire qui mettait à la disposition des étudiants des subventions non remboursables.

Plus récemment, des améliorations à la réduction de la dette dans le cadre du programme de remboursement ont été

annoncées dans le budget 2003, pour enlever notamment la restriction qui limitait la réduction de dette à 50 % de l'encours de la dette, de sorte que les emprunteurs étaient dorénavant admissibles à une remise de dette initiale pouvant atteindre 10 000 $ et à une réduction supplémentaire pouvant atteindre 5 000 $ un an après la remise de dette initiale dans le cas des personnes qui se trouvaient en difficulté financière; une réduction supplémentaire maximale de 5 000 $ était disponible deux ans après la première réduction si la difficulté financière se poursuivait. De plus, les étudiants qui ne remboursaient pas leur prêt canadien d'études ou qui avaient déclaré faillite avaient accès à l'exemption des intérêts.

Les points de vue sur le traitement de la libération de la dette associée au prêt étudiant sont partagés.

Les points de vue sur le traitement de la libération de la dette associée au prêt étudiant sont partagés. Certains croient que la période de dix ans est trop astreignante et qu'elle va à l'encontre du principe du nouveau départ, de l'intérêt public que sert une main-d'œuvre très éduquée, ainsi que du principe selon lequel tous les types de dette à la consommation doivent être traités de façon semblable. D'autres croient par contre que des mesures incitatives sont nécessaires pour prévenir l'abus et pour assurer que les gouvernements, et par conséquent les contribuables, n'encourent pas des pertes inacceptables sur les prêts.

Le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle a présenté des arguments pour et contre le traitement spécial de la libération de la dette associée à un prêt étudiant. Voici les arguments contre la possibilité de libération immédiate : l'insolvabilité des anciens étudiants pourrait n'être que temporaire; ils ont la capacité de rembourser leur prêt parce qu'ils auront un revenu supérieur à la moyenne plus tard; la libération immédiate ferait augmenter les pertes sur les prêts étudiants des gouvernements fédéral et provinciaux; et un allégement de la dette – sous forme de programmes d'exemption de paiement des intérêts et de la dette offerts par le gouvernement fédéral et quelques gouvernements provinciaux – est offert aux anciens étudiants, ce qui devrait réduire la nécessité de recourir à la faillite.

Le Groupe de travail a fait valoir à cet égard que même si les programmes d'exemption de paiement des intérêts et de la dette constituent un allègement qui n'est pas offert aux autres créanciers, ils ne remplacent pas la faillite comme façon d'assurer un « nouveau départ ». En outre, l'Agence des douanes et du revenu du Canada pourrait également encourir de lourdes pertes qui pourraient être évitées en interdisant aux débiteurs de se libérer de leurs dettes. Pourquoi les personnes qui contractent des prêts étudiants devraient-elles recevoir un traitement spécial?

Toutefois, il existe également des arguments à l'appui de la libération immédiate de la dette associée à un prêt étudiant, notamment : les prêts étudiants ne sont pas différents des autres dettes de consommateur pouvant faire l'objet d'une libération; le fait que la dette d'étudiant ne puisse pas être couverte par la libération constitue une discrimination eu égard à l'âge qui va à l'encontre de la *Charte des droits et des libertés*; de plus, certains débiteurs éprouvent des difficultés indues qui font en sorte que le remboursement des prêts étudiants est pratiquement impossible.

Après avoir examiné ces arguments, le Groupe de travail a recommandé, autant dans le cas des propositions de consommateur et que des faillites – que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée afin de réduire la période précédent la libération du prêt étudiant à cinq ans après la fin des études à temps plein ou à temps partiel; de permettre, à la lumière d'une audience au tribunal sur les difficultés, la libération des prêts étudiants en tout temps après une période d'un an suivant la fin des études à temps plein ou à temps partiel; et de préciser que la libération partielle des prêts étudiants est autorisée à la lumière de l'audience du tribunal sur les difficultés indues.

La plupart des témoins au Comité étaient d'accord avec l'orientation générale des conclusions du Groupe de travail et ont indiqué au Comité que le traitement actuel de la dette associé à un prêt étudiant était lourd. De leur point de vue,

l'exigence selon laquelle les étudiants devaient attendre une période de dix ans avant d'être libérés de la dette associée au prêt étudiant était trop astreignante et devait être éliminée ou, du moins, la période devait être raccourcie. De plus, d'après certains, la dette des étudiants ne doit pas être traitée de façon différente de toute autre dette en cas de faillite et le tribunal doit être en mesure d'octroyer une libération de dette plus rapidement dans les cas de circonstances exceptionnelles.

Credit Counselling Canada favorise une « réduction importante » de la période de dix ans et a souligné que la période de dix ans durant laquelle la libération n'est pas autorisée est souvent une période d'atrophie sociale. Une personne qui est éprouvée financièrement par cette dette, et souvent d'autres dettes également, se trouve dans une sorte de vide économique pendant la période d'attente. La personne n'est donc pas en mesure de rembourser la dette et elle n'est pas plus en mesure de se réfugier sous les auspices traditionnels des procédures de faillite. Dans ces circonstances, une personne ne devrait passer une période inutile d'improductivité. En outre, l'organisme est d'avis que les prêts étudiants devraient être traités d'une toute autre manière que les autres dettes personnelles qui peuvent faire l'objet d'une libération.

Les professeurs Ziegel et Telfer ont également préconisé une libération hâtive des prêts étudiants et l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation et l'Institut d'insolvabilité du Canada sont d'accord avec les recommandations du Groupe de travail. Cependant, ils ont également recommandé une modification à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* pour définir clairement ce que l'on entendait par « études ». De leur point de vue, le moment où la personne en faillite a quitté l'école devrait être défini clairement et la période de libération devrait peut-être être liée à un programme ou une période d'études en particulier pour lequel le prêt a été octroyé. Cette question doit être étudiée plus à fond.

La nature astreignante de la période de dix ans a également été évoquée par M^me^ Viola Doucet, une faillie avec prêt étudiant non libérée qui a souligné au Comité que les personnes aux prises avec un endettement étudiant devaient avoir une porte de sortie et que l'attente de 10 ans n'était pas raisonnable. Elle a indiqué que la vie des personnes touchées était en suspens. Elle a ajouté que son témoignage au Comité visait justement à appuyer le passage à cinq ans et à insister pour que ces personnes puissent se présenter devant un juge pour être libérées plus tôt (dans des cas exceptionnels) parce que, peu importe la durée de la période d'attente, leur situation ne s'améliorera pas. La frustration que ressentent les personnes ayant des prêts étudiants nous a également été décrite par M^me^ Lori Gravestock qui, avec un endettement étudiant élevé, a indiqué que la déclaration de faillite semblait la seule option.

La frustration que ressentent les personnes ayant des prêts étudiants nous a également été décrite …

Le syndic de M^me^ Doucet, M. Paul Stehelin, syndic de faillite chez AC Poirier & Associates, est d'accord avec la position de cette dernière. Il souligne que le seuil de dix ans a été adopté sans consultation des intervenants – un point qu'a également relevé la Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – et il a ajouté que l'incapacité des juges d'accorder une libération d'une dette associée à un prêt étudiant pendant dix ans, même dans des circonstances exceptionnelles, est une disposition extraordinaire. Il est également d'accord avec une réduction de dix à cinq ans et croit que les juges doivent avoir le pouvoir de libérer une personne d'un endettement étudiant en moins de dix ans en cas de difficultés indues.

M. Stehelin a déclaré que l'endettement étudiant devait être traité différemment des autres dettes parce qu'il est contracté dans l'expectative de gains futurs. Il a fait valoir que toutes les dettes de carte de crédit sont octroyées aux étudiants au cours de leurs études dans l'expectative d'un revenu futur. Il n'existe aucune différence réelle entre un prêt étudiant, une carte de crédit ou une ligne de crédit pour étudiant qui sont tous consentis sur une base non garantie et dans l'expectative d'un revenu futur.

La Fédération canadienne des étudiantes et des étudiants est d'accord pour dire qu'il ne subsiste aucun doute que durant toutes les années 1990, les étudiants ont eu plus de difficultés à rembourser leurs prêts. L'endettement étudiant est passé d'une moyenne de 8 000 $ en 1990 à 25 000 $ en 1998. Les frais de scolarité ont augmenté de 126 % et la plupart des provinces ont éliminé les bourses. En réalité, les étudiants ont dû accepter, et acceptent encore, un énorme endettement pour financer leurs études. En outre, comme le système est fondé sur les besoins, les personnes qui empruntent le plus sont celles qui entrent dans le système les plus démunies. La souffrance sociale que cette loi a causée continue de s'accentuer.

La Fédération a également commenté d'autres aspects du Programme canadien de prêts aux étudiants. Le Comité a été informé que même si les étudiants étaient actuellement admissibles à une exemption d'intérêts pour une période maximale de cinq ans après leur graduation, pour être admissible au programme, il faut que le prêt soit en règle. Si une personne fait tous ses paiements, elle est admissible à une aide. Une telle restriction ne tient pas compte de la réalité, c'est-à-dire que pour les étudiants dont la dette est très élevée, le paiement à faire sur le capital est une charge qu'ils ne peuvent pas assumer. La Fédération a exhorté le gouvernement fédéral d'abroger ce qu'il considère comme une « législation répressive » et d'adopter des solutions concrètes pour solutionner le problème de l'endettement étudiant. Les étudiants empruntent dans le cadre du Programme canadien de prêts aux étudiants pour financer une éducation et élargir leur capacité d'être un élément productif de la société.

L'Alliance canadienne des associations étudiantes a qualifié de très mauvaise politique publique l'exigence pour les personnes d'attendre dix ans après leurs études avant d'être libérés de leur endettement étudiant et elle a fait remarquer l'absence de consultation publique avant de faire passer la période de deux à dix ans. À l'instar de la plupart des témoins, le groupe a recommandé que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée pour autoriser la libération de la dette associée à un prêt étudiant cinq ans après la fin des études. L'alliance

croit qu'un tel changement sera très utile pour établir l'équilibre entre la protection de la viabilité financière du Programme canadien de prêts aux étudiants et la nécessité de traiter toutes les personnes qui connaissent de graves revers financiers avec équité et compassion.

L'Association du barreau canadien est d'accord avec la réduction de la période avant libération de dix ans à cinq ans et avec la possibilité d'une audience pour difficultés indues; l'Association a indiqué qu'elle était consciente du désespoir que vivaient certains anciens étudiants. La restriction de dix ans n'est pas compatible avec les valeurs canadiennes d'équité et d'impartialité.

L'Association des banquiers canadiens est d'avis qu'il n'y ait aucun changement dans le traitement de la dette associée à un prêt étudiant et a mentionné particulièrement le Programme d'exemption de paiement d'intérêts du gouvernement fédéral.

Le Comité croit que l'investissement dans l'éducation postsecondaire est une entreprise de plus en plus risquée, particulièrement dans le contexte en évolution dans lequel nous vivons tous. Les étudiants peuvent investir beaucoup de temps et de ressources financières dans un programme d'études, pour se rendre compte en bout de ligne lorsqu'ils obtiennent leur diplôme, qu'ils sont incapables de trouver un emploi sûr avec rémunération adéquate dans le domaine qu'ils ont choisi; certains d'entre eux ne peuvent trouver aucun emploi ou se trouvent sous-employés. En outre, certains peuvent mettre un terme à leurs études postsecondaires sans avoir obtenu un diplôme. Il n'existe tout simplement aucune garantie que l'investissement fait en éducation postsecondaire donnera le rendement attendu sur l'investissement. Néanmoins, notre prospérité future en tant que nation exige une main-d'œuvre éduquée et hautement qualifiée, qui nécessite des investissements en éducation postsecondaire.

Le Comité croit que l'investissement dans l'éducation postsecondaire est une entreprise de plus en plus risquée, particulièrement dans le contexte en évolution dans lequel nous vivons tous.

Le Comité sait par ailleurs que les contribuables supportent le coût des prêts étudiants de plusieurs façons. Premièrement, les contribuables – par l'entremise des gouvernements provinciaux et fédéral – paient des intérêts sur les prêts étudiants à partir du moment où le prêt est octroyé, jusqu'à une certaine période suivant la graduation, moment où l'étudiant emprunteur commence à payer les intérêts. Deuxièmement, les contribuables – encore une fois par l'entremise des gouvernements provinciaux et fédéral – supportent les coûts liés au non-paiement des prêts étudiants. De plus, les prêts sont consentis sans tenir compte de la capacité future des étudiants emprunteurs de rembourser leur dette associée à un prêt étudiant, ce qui pourrait être la cause du non-remboursement d'au moins quelques-uns des prêts.

Du point de vue de l'intérêt public, il importe d'atteindre un double objectif, c'est-à-dire mettre en place des mesures d'encouragement à l'éducation postsecondaire afin d'assurer qu'une main-d'œuvre éduquée et qualifiée soit en place pour assurer notre avenir et faire en sorte que les contribuables n'aient pas à supporter le coût déraisonnable lié aux prêts étudiants consentis par le gouvernement. Bien que le Comité soutienne la vaste gamme d'initiatives fédérales qui favorisent l'éducation postsecondaire, nous croyons, à l'instar de la majorité des témoins, que la période de dix ans est indûment astreignante et que les juges doivent pouvoir à leur discrétion agir dans les cas de circonstances exceptionnelles. Toutefois, pour diverses raisons, y compris les arguments liés à la période d'intérêts même prévue dans le Programme canadien de prêts aux étudiants, nous ne croyons pas qu'une période de deux ans est appropriée. En plus, nous sommes convaincus que dans le cas de difficultés indues, une libération hâtive est justifiée. Les changements que nous recommandons contribueront, à notre sens, à l'équité à la fois pour les étudiants et pour les contribuables, ainsi qu'à l'accessibilité à l'éducation postsecondaire à un plus grand nombre de nos résidants. Dans cette optique, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée afin de ramener à cinq ans suivant la fin des études à temps plein ou à temps partiel la période durant laquelle une personne ne peut obtenir de libération de ses dettes associées à des prêts étudiants. La Loi devrait en outre permettre au tribunal de confirmer la libération d'une partie ou de la totalité des dettes associée à des prêts étudiants avant l'échéance de cinq ans dans les cas où le débiteur peut montrer que le remboursement de sa dette ou d'une partie de sa dette lui fait subir des difficultés indues.

I. Libération de faillite et traitement des personnes qui en sont à leur seconde faillite

La Loi sur la faillite et l'insolvabilité permet actuellement aux personnes qui en sont à leur première faillite de recevoir une libération automatique de la faillite neuf mois après avoir déclaré faillite pourvu qu'ils suivent une séance de crédit-conseil obligatoire et que les créanciers, le surintendant des faillites ou le syndic ne manifestent aucune objection.

Avant d'être libéré de la faillite, le syndic d'un débiteur dépose un rapport auprès du surintendant des faillites qui résume les aspects matériels de la faillite, y compris la conduite du débiteur durant la faillite et les facteurs qui y ont contribué. Il doit également indiquer si le débiteur a fait les paiements de revenu excédentaire requis et s'il pourrait avoir fait une proposition de consommateur viable.

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* permet actuellement aux personnes qui en sont à leur première faillite de recevoir une libération automatique de la faillite neuf mois après avoir déclaré faillite pourvu qu'ils suivent une séance de crédit-conseil obligatoire et que les créanciers, le surintendant des faillites ou le syndic ne manifestent aucune objection. Au moment de la libération, les personnes en faillite sont libérées de la responsabilité de leurs dettes à quelques exceptions près. La plupart des dettes exclues de l'ordonnance de libération énumérées dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* s'insèrent dans une perspective de politique publique qui a prépondérance sur l'importance d'accorder aux faillis un nouveau départ à la suite de leur libération. Les dettes incluses parmi les dettes exclues de l'ordonnance de libération sont : les amendes imposées relativement à une infraction; la dette pour pension alimentaire ou pour soutien d'un enfant; et une dette associée à un prêt étudiant, à moins que la faillite ne soit déposée plus de dix ans après que le débiteur ait terminé ses études.

Les créanciers s'opposent rarement à la libération automatique, quoique des syndics puissent le faire dans le cas d'une mauvaise conduite – si le failli n'assiste pas aux séances de crédit-conseil obligatoires– ou si le failli n'a pas versé les fonds adéquats pour payer les frais administratifs et les honoraires du syndic. Lorsqu'il y a opposition à la libération,

un juge ou un registraire des faillites tient une audience et peut retarder la libération ou la refuser; il peut également édicter une ordonnance conditionnelle exigeant que le débiteur fasse des paiements futurs.

Les débiteurs qui déclarent faillite pour la deuxième fois ne sont pas admissibles à une libération automatique. Ils doivent se présenter au tribunal afin de demander une libération, même si aucune opposition n'a été déposée. Il est estimé qu'environ 10 % des débiteurs qui déclarent faillite ont déjà déclaré faillite auparavant.

Le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle a indiqué au Comité que la charge de travail des tribunaux restait lourde dans de nombreux secteurs. Toute augmentation éventuelle du nombre des faillites pourrait rendre encore plus difficile le traitement par le tribunal des libérations des faillites non admissibles à une libération automatique. Il croit que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* doit être modifiée pour autoriser qu'une deuxième faillite soit admissible à une libération automatique 24 mois après la déclaration de faillite, pourvu qu'il n'y ait pas d'opposition; dans le cas de difficultés indues, le failli peut demander au tribunal de modifier la durée de la faillite. Ce changement ferait en sorte qu'il y ait toujours une conséquence perceptible et transparente pour les personnes qui utilisent le processus de la faillite une deuxième fois. À son avis, les tribunaux doivent traiter au cas par cas les libérations à compter d'une troisième faillite.

L'Association canadienne des professionnels et de l'insolvabilité et l'Institut d'insolvabilité du Canada sont d'accord pour libérer les personnes qui en sont à leur deuxième faillite, mais il est recommandé que la période soit de 18 mois à partir de la date de la faillite si plus de cinq ans se sont écoulés depuis la date de libération de la faillite précédente; la période de 24 mois suggérée par le Groupe de travail devrait s'appliquer aux autres cas.

Omega One Ltd. a indiqué au Comité que la période de faillite devrait être prolongée pour être d'une durée minimale de 15 mois pour toutes les faillites – ne serait-ce que pour reporter la période de libération au-delà du cycle d'impôt sur le revenu de douze mois – et d'une durée de 21 mois pour les débiteurs qui peuvent faire un versement à leur actif. L'organisation a également remarqué que la période de faillite de tous les autres pays qui disposaient d'un mécanisme de libération de faillite (à l'exception du programme des États-Unis) est plus longue qu'au Canada. De l'avis d'Omega One Ltd., les législateurs devraient se pencher sur l'usage abusif du système d'insolvabilité par des personnes qui ont l'intention de profiter à fond d'une faillite planifiée en obtenant des biens et des sommes d'argent peu avant la date d'assignation.

Le Comité croit que la plupart des faillites se produisent à la suite d'événements qui dépassent largement la volonté du failli.

Le Comité croit que la plupart des faillites se produisent à la suite d'événements qui dépassent largement la volonté du failli. Bien qu'une mauvaise gestion financière puisse y contribuer, elle n'aboutit vraisemblablement pas à la faillite en l'absence d'autres événements. Vu la nature imprévisible et incontrôlable des événements qui peuvent mener à une faillite, nous croyons que le principe d'équité dicte que nous accordions aux personnes qui en sont à leur deuxième faillite la possibilité d'une libération automatique avec la même possibilité d'opposition qui existe pour les personnes qui en sont à leur première faillite, mais que la période précédant la libération soit relativement plus longue et que les séances de crédit-conseil soient obligatoires. Dans cette optique, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée afin que les personnes qui déclarent faillite pour la deuxième fois et qui ont suivi les séances obligatoires de crédit-conseil puissent bénéficier d'une libération automatique après 21 mois. Le surintendant des faillites, le syndic ou toute partie concernée devraient avoir le droit de faire opposition à la libération automatique, suivant la même procédure que dans le cas d'une première faillite, ce qui exige une audience de tribunal.

J. Versement de revenus excédentaires à l'actif du failli

Depuis les modifications apportées à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* en 1997, les syndics sont tenus de recueillir une partie prescrite du revenu excédentaire du failli pour qu'il soit versé à l'actif du débiteur et par conséquent, aux créanciers. Dans la détermination du montant du revenu excédentaire, le syndic examine la situation familiale et personnelle du failli et calcule le montant du revenu excédentaire par rapport aux normes publiées par le surintendant des faillites; ces normes sont fondées sur seuil de faible revenu que publie annuellement Statistique Canada. D'après les estimations, de 15 à 20 % des faillis ont un revenu excédentaire et sont donc tenus de verser les revenus excédentaires.

...les syndics sont tenus de recueillir une partie prescrite du revenu excédentaire du failli pour qu'il soit versé à l'actif du débiteur et par conséquent, aux créanciers.

Les syndics peuvent recommander dans les conditions de libération de la faillite l'obligation du paiement d'un maximum de 12 paiements mensuels additionnels pour les faillis qui ont un revenu excédentaire. La décision du syndic tient compte : du fait que le failli s'est acquitté de ses obligations relatives au revenu excédentaire durant la période de la faillite; du montant payé à l'actif par rapport au total du passif et du fait que le failli pourrait avoir fait une proposition de consommateur viable plutôt que de déclarer faillite. Cette latitude donne lieu à un manque d'uniformité et pourrait encourager les débiteurs à choisir un syndic qui n'exigerait probablement pas des paiements additionnels.

Le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle a indiqué au Comité à cet égard que les faillis qui avaient les moyens financiers de contribuer davantage à leur actif devraient le faire et que des paiements additionnels devraient être versés dans presque tous les cas pour une période fixe de 12 mois. En comptant la période actuelle de neuf mois avant la libération, il en résulterait un délai de 21 mois pour les faillis qui jouissent d'un revenu

excédentaire. Le Groupe de travail croit que les syndics devraient recommander que les faillis qui jouissent d'un revenu supplémentaire versent 12 paiements mensuels de revenu excédentaire à leur actif et que cette exigence soit incluse dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*; la directive devrait préciser les critères permettant de déterminer le nombre et le montant des paiements additionnels, mais devrait laisser aux syndics une latitude limitée dans les cas où les paiements supplémentaires pourraient causer des difficultés indues.

L'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation et l'Institut d'insolvabilité du Canada sont d'accord avec la proposition du Groupe de travail, mais se demandent si la période de 12 mois est appropriée et déplorent qu'aucune étude n'ait été effectuée pour soutenir ce raisonnement. De leur point de vue, une étude et des données supplémentaires sont nécessaires pour établir le nombre de mois qui seraient appropriés.

Du point de vue d'Omega One Ltd., les faillis qui sont en mesure de verser des paiements de revenu excédentaires – que l'on estime à 15 % des faillis – pourraient avoir fait une proposition de consommateur, mais ont plutôt choisi de déclarer faillite. Les personnes qui ont la capacité financière de faire une contribution raisonnable à leurs créanciers devraient être tenus de le faire. L'organisation croit que les consommateurs qui désirent obtenir une nouvelle voiture ou tout autre article qu'ils désirent sont bien disposés à passer des contrats de crédit de 36 ou 48 mois. Il n'est pas déraisonnable d'attendre des faillis qui veulent une libération de verser des paiements (axés sur le revenu) pendant 21 mois. Dans le même ordre d'idées, l'Association des banquiers canadiens est d'accord pour permettre aux faillis dont le revenu est suffisant de faire des contributions raisonnables à leurs créanciers.

Les professeurs Ziegel et Telfer ne sont pas d'accord avec les personnes qui proposent d'accorder aux syndics le pouvoir de reporter une libération de faillite de neuf mois à 21 mois lorsque le failli jouit d'un revenu excédentaire.

L'Union des consommateurs a suggéré des assouplissements dans la formule utilisée pour calculer le revenu supplémentaire. En plus de la nécessité de faire des ajustements pour reconnaître les changements au coût de la vie, le groupe a suggéré qu'une certaine latitude devait être accordée dans le cas d'événements imprévus.

Le Comité, dans l'optique de l'équité et de la responsabilité, croit que les faillis jouissant d'un revenu excédentaire devraient être tenus de verser des contributions à leur actif pour faire augmenter les sommes pouvant être distribuées aux créanciers; une période additionnelle de 12 mois semble appropriée. À notre sens, il est vrai dans une certaine mesure que ces personnes auraient peut-être dû avoir fait une proposition de consommateur qui pourrait avoir permis aux créanciers de recouvrer plus d'argent qu'ils ne sont susceptibles d'en recouvrer dans le cas d'une faillite. Toutefois, nous croyons également que des circonstances peuvent survenir où des événements imprévus rendent difficile pour le failli de verser des paiements continus de revenus excédentaires à l'actif; dans ces cas, nous croyons que les syndics devraient avoir la latitude de modifier les paiements pour éliminer la difficulté indue, puisque cela semble également juste. Par conséquent, le Comité recommande :

... nous croyons que les syndics devraient avoir la latitude de modifier les paiements pour éliminer la difficulté indue ...

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée afin d'exiger que les faillis qui jouissent de revenus excédentaires les versent à leur actif pendant 21 mois. Les syndics devraient avoir la latitude de prescrire une période plus courte dans les cas où cette exigence causerait des difficultés indues. Le revenu excédentaire doit continuer d'être calculé suivant les directives du surintendant des faillites. La libération du débiteur ne doit pas être retardée simplement en raison de l'obligation de continuer de verser les revenus excédentaires pendant 21 mois. Quand les circonstances l'indiquent, le syndic doit pouvoir solliciter un jugement sommaire pour exiger ces versements.

K. Ententes volontaires pour effectuer des paiements après la libération

Jusqu'à récemment, lorsqu'une faillite était déclarée, un débiteur et son syndic passaient en général une entente selon laquelle le débiteur verserait des paiements à l'actif qui pourraient ensuite être distribués aux créanciers conformément à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et ces paiements pouvaient se poursuive après la libération de la faillite. Sauf dans des situations particulières, le paiement des honoraires du syndic et des autres coûts administratifs jouit du premier privilège. Les honoraires du syndic peuvent être déterminés par les créanciers ou être établis selon un pourcentage de la valeur totale des actifs réalisés.

D'après une décision de 1999, de telles ententes n'étaient pas applicables et elles limitaient la souplesse des arrangements pris entre les syndics et les faillis relativement aux modalités de paiement. Par conséquent, il n'était pas certain que les syndics reçoivent une rémunération juste et adéquate pour leurs services.

... l'accès [à un syndic] est facilité par le Programme d'accès à la faillite du Bureau du surintendant des faillites, dans le cadre duquel les syndics peuvent fournir bénévolement des services aux débiteurs ...

Le paiement des honoraires du syndic peut être un obstacle à l'accès au processus de faillite pour certains débiteurs, puisque les syndics qui croient qu'il peut être difficile de percevoir ces droits peuvent exiger une avance ou une garantie comme condition de l'acceptation du cas. Toutefois, l'accès est facilité par le Programme d'accès à la faillite du Bureau du surintendant des faillites, dans le cadre duquel les syndics peuvent fournir bénévolement des services aux débiteurs qui ne sont pas en mesure de leur payer des honoraires.

Le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle a examiné plusieurs options pour accroître la probabilité du paiement adéquat des syndics, notamment la prolongation de la

période avant laquelle un failli peut être admissible à une libération pour toutes les dettes et une garantie de rémunération pour les services dispensés. Il semblait au Groupe de travail que le syndic ne devrait pas s'opposer à la demande de libération du failli du seul fait que les fonds sont insuffisants pour payer ses honoraires ou les coûts de l'administration de la faillite et qu'il faillait, plutôt qu'une garantie de paiement des syndics, un moyen d'accroître la probabilité de paiement. En bout de ligne, le Groupe de travail a recommandé que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée pour permettre aux syndics de passer des ententes de paiement volontaire avec les faillis qui n'ont pas de revenus excédentaires.

En outre, le Groupe de travail est d'avis qu'un plafond devrait être établi quant aux paiements faits dans le cadre de ces ententes relatives au montant des honoraires du syndic et des autres coûts administratifs de la faillite. Toute entente conclue entre le failli et son syndic ne doit pas causer des difficultés indues au failli et une limite de 12 mois doit être imposée à la période durant laquelle les paiements volontaires supplémentaires sont faits. Si le failli refuse de signer une telle entente, le syndic pourrait s'opposer à la libération. L'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation et l'Institut d'insolvabilité du Canada sont d'accord avec le point de vue du Groupe de travail sur la question des ententes volontaires pour le versement de paiements après la libération.

Omega One Ltd. a indiqué au Comité que toute entente conclue entre le syndic et le failli relativement au paiement des honoraires d'échelle et des dépenses liées à l'actif doit être considérée comme une dette non couverte par l'ordonnance de libération. Il s'agit du tout premier engagement que le failli aura à faire après la déclaration de faillite. Si l'ancien failli est autorisé à ne pas respecter le tout premier contrat passé après la déclaration de faillite, l'effort de rétablissement est gravement compromis.

Enfin, les professeurs Ziegel et Telfer ont indiqué qu'ils n'étaient pas en faveur des arrangements relatifs aux honoraires passés entre un syndic et un failli applicables lorsque le revenu du débiteur est inférieur au seuil de faible revenu de Statistique Canada. Ils ont également mentionné au Comité l'Agence fédérale de syndic en matière d'insolvabilité par l'entremise de laquelle le gouvernement fédéral a déjà rendu disponibles des services de faillite à faible coût par l'entremise des bureaux régionaux du Bureau du surintendant des faillites. L'Agence n'existe plus, mais les professeurs recommandent qu'elle soit rétablie afin d'administrer les faillites des personnes insolvables dont le revenu tombe sous le seuil de faible revenu de Statistique Canada et qui ne sont pas en mesure de payer les honoraires des syndics privés.

Si l'accessibilité au système d'insolvabilité doit être un droit plutôt qu'un privilège, ces ententes doivent être autorisées.

Le Comité croit que les honoraires des syndics peuvent constituer un obstacle à l'accès pour certains débiteurs insolvables. Étant donné qu'au chapitre 2, nous avons reconnu que l'accessibilité était un principe fondamental qui caractérise le système d'insolvabilité du Canada, nous croyons qu'il est approprié que les faillis soient autorisés à passer une entente avec leur syndic pour permettre le paiement de ces honoraires à la suite de la libération de la faillite, une limite étant placée sur le montant qui fait l'objet d'une telle entente. Si l'accessibilité au système d'insolvabilité doit être un droit plutôt qu'un privilège, ces ententes doivent être autorisées. Par conséquent, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée afin de permettre aux syndics de conclure des ententes de paiement volontaire avec les faillis qui ne jouissent pas de revenus excédentaires. Les droits à verser au syndic en vertu d'une telle entente ne doivent pas dépasser le montant minimal légal établi pour l'administration sommaire de faillites.

L. Non-libération des dettes associées à des achats par carte de crédit

Il a été mentionné que, selon une pratique de « stockage », des débiteurs faisaient sciemment des achats « luxueux » non essentiels par carte de crédit, jusqu'à la limite de leur carte, en sachant qu'ils déclareraient bientôt faillite.

Omega One Ltd. a indiqué au Comité qu'elle voyait régulièrement des cas où des utilisateurs de carte de crédit qui semblent avoir décidé de faire faillite ont utilisé leurs cartes jusqu'au maximum autorisé juste avant de consulter un syndic. L'organisation croit que la législation canadienne sur l'insolvabilité devrait comprendre une disposition prévoyant l'exclusion de la libération d'une dette qui est inhabituelle pour une personne en particulier. Cette disposition comprendrait l'utilisation extraordinaire du crédit peu avant la déclaration de faillite. Dans le même ordre d'idée, l'Association des banquiers canadiens a suggéré que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée pour rendre non couvert par l'ordonnance de libération les articles de luxe achetés peu avant la déclaration de faillite.

Bien que le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle se soit penché sur la question de la non-libération des achats par carte de crédit, il croit qu'il est préférable que ce comportement soit traité par un tribunal au moment de l'audience sur la libération du débiteur.

Le Comité est d'accord avec le point de vue du Groupe de travail pour plusieurs raisons. Premièrement, le Comité n'est pas convaincu que le problème soit répandu et fréquent au point de justifier une mesure législative. Deuxièmement, à notre avis, il n'est pas efficace d'examiner les achats faits avant la faillite par carte de crédit pour chaque carte de crédit que détient le failli dans le but de déterminer quels achats sont « luxueux » ou non essentiels; de toutes façons, cette

... à notre avis, il n'est pas efficace d'examiner les achats faits avant la faillite par carte de crédit pour chaque carte de crédit que détient le failli dans le but de déterminer quels achats sont « luxueux » ou non essentiels; de toutes façons, cette détermination serait subjective.

détermination serait subjective. Troisièmement, nous sommes d'accord pour dire que les ressources sont disponibles actuellement pour traiter cette problématique au cours de l'audience de libération du failli et (ou) par une accusation de fraude. Puisqu'il croit que le changement législatif n'ajouterait rien en ce qui concerne la prévisibilité ou l'efficacité qui devrait caractériser notre système d'insolvabilité, le Comité recommande :

Que la question des achats de biens de luxe non essentiels effectués par le débiteur juste avant la déclaration de faillite continue de faire l'objet soit d'une audience de libération soit d'une accusation de fraude.

M. Insolvabilité internationale

Compte tenu de la mondialisation et de la plus grande mobilité de la main-d'œuvre, il arrive que des Canadiens qui travaillent et vivent dans d'autres pays éprouvent des difficultés financières et cherchent à se libérer des créanciers en vertu de la législation en matière d'insolvabilité dans leur localité. Il peut arriver que ces personnes ne puissent pas demander une libération en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* parce qu'ils ne répondent pas aux critères administratifs canadiens pour déclarer faillite et qu'une déclaration de faillite à l'étranger ne puisse les libérer de leurs dettes canadiennes sans une déclaration de faillite au Canada. Une libération de faillite à l'étranger n'éteint pas les dettes régies par le droit canadien; il existe une situation semblable en ce qui concerne une ordonnance de réorganisation étrangère qui modifie des dettes ou des contrats.

Compte tenu de la mondialisation et de la plus grande mobilité de la main-d'œuvre, il arrive que des Canadiens qui travaillent et vivent dans d'autres pays éprouvent des difficultés financières et cherchent à se libérer des créanciers en vertu de la législation en matière d'insolvabilité dans leur localité.

Si et quand ces débiteurs insolvables retournent au Canada, toutes les dettes encourues avant de quitter le pays survivent et seule une déclaration de faillite au Canada peut libérer ces débiteurs de ces dettes. Essentiellement, ils perdent leurs actifs – et entreprennent une réadaptation – à deux reprises. Ces situations pourraient survenir plus souvent à mesure que se poursuivent la mondialisation et la mobilité de la main-d'œuvre.

Les dispositions sur l'insolvabilité internationale de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* portent principalement sur l'actif et la définition d'un « débiteur » est limitée aux personnes qui ont une propriété au Canada, ce qui n'est pas nécessairement le cas d'un Canadien résidant à l'étranger.

Étant donné que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* actuelle ne couvre pas ce problème adéquatement, le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle prétend que la situation actuelle est inadéquate et que la Loi devrait reconnaître une libération ou une entente de libération des

dettes non garanties accordée dans le cadre de procédures de faillite étrangères, mais qu'elle devait inclure des sauvegardes contre les abus et les violations des exemptions fondées sur la politique entourant une libération dans le droit canadien. Une deuxième option pourrait consister à élargir les exigences administratives dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* de façon à permettre aux non-résidants d'avoir accès aux recours qu'elle offre.

Le Groupe de travail a recommandé que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée pour ajouter une disposition qui reconnaîtrait l'effet d'une libération ou d'une entente de libération de dette à l'étranger, à certaines conditions. Le Groupe de travail croit en particulier que les personnes doivent avoir la possibilité d'entamer des procédures visant à faire reconnaître une libération ou une entente de libération d'une dette non garantie accordée en vertu des procédures de faillite à l'étranger. La libération ou l'entente de règlement de dette non garantie octroyée dans le cadre de procédures de faillites à l'étranger doivent être reconnues si : il existe des rapports réels et substantiels avec l'administration étrangère; la reconnaissance ne va pas à l'encontre des normes canadiennes en matière de politique publique; la procédure étrangère n'était pas injuste ni préjudiciable aux créanciers; et les exemptions personnelles utilisées par le débiteur dans les procédures à l'étranger sont substantiellement semblables à celles du Canada. Aucune réclamation qui survit la libération en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ne doit être éteinte par une libération étrangère. L'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation et l'Institut d'insolvabilité du Canada sont d'accord avec cette proposition et l'Association du Barreau canadien préconise également la création d'un recours pour l'insolvabilité personnelle transfrontalière.

Les professeurs Ziegel et Telfer ont présenté des points de vue bien différents au Comité. Ils font valoir que les recommandations touchant la reconnaissance au Canada de

l'insolvabilité personnelle à l'étranger sont à la fois inutiles et trop complexes.

La plus grande mobilité de la main-d'œuvre s'accompagne de la possibilité plus grande d'insolvabilité et de faillite internationale des débiteurs qui ont des dettes dans plus d'une administration.

La mondialisation et la mobilité de la main-d'œuvre sont des réalités au Canada tout comme dans de nombreux pays et sont – en partie – une conséquence logique de certains accords commerciaux que nous avons signés. La plus grande mobilité de la main-d'œuvre s'accompagne de la possibilité plus grande d'insolvabilité et de faillite internationale des débiteurs qui ont des dettes dans plus d'une administration. Le Comité croit à l'équité et au principe du nouveau départ des faillis. Il est également d'accord avec les notions d'efficacité et d'efficience. Tous ces principes seraient renforcés par la mise sur pied d'un mécanisme qui reconnaîtrait les causes d'insolvabilité des Canadiens résidant à l'étranger, dans des pays qui ont un système d'insolvabilité semblable – mais pas nécessairement identique – au système d'insolvabilité et à l'approche qui existent au Canada. Nous croyons que les Canadiens vivant à l'étranger qui font faillite ne devraient pas perdre leurs actifs à deux reprises et que le système d'insolvabilité canadien ne devrait pas utiliser ses ressources limitées pour reproduire un processus qui a déjà été suivi dans un pays « aux vues similaires ». Par conséquent, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée pour reconnaître les effets d'une libération de dette ou d'une entente de règlement de dette accordée à l'étranger, sous réserve des conditions suivantes : le failli canadien résidant à l'étranger a des rapports réels et substantiels avec le pays étranger en question; la procédure étrangère est juste et ne porte pas préjudice aux créanciers; et le régime d'exemptions de saisie dont s'est prévalu le failli est analogue à ceux du Canada.

N. Remise de dette par l'Agence des douanes et du revenu du Canada

Au moment de déclarer faillite, une date de fin d'exercice est établie pour le failli aux fins d'impôt comme étant le jour de la faillite et les dettes dues à l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC) sont déterminées selon ce qui est dû à cette date. Le failli est habituellement libéré de ces dettes en même temps que des autres dettes pouvant faire l'objet d'une libération.

Puisqu'il n'y a pas de date de fin d'exercice, l'ADRC considère que la dette due aux fins d'impôt sur le revenu entre le début de l'année civile et la date de la proposition n'est pas une dette précédant la proposition pouvant faire l'objet d'une entente de règlement dans la proposition. Il s'agit plutôt d'une dette subséquente à la proposition qui ne peut pas être incluse dans la proposition et par conséquent, elle doit être payée en entier.

Toutefois, la situation est différente pour les personnes qui choisissent l'option de la proposition de consommateur. Puisqu'il n'y a pas de date de fin d'exercice, l'ADRC considère que la dette due aux fins d'impôt sur le revenu entre le début de l'année civile et la date de la proposition n'est pas une dette précédant la proposition pouvant faire l'objet d'une entente de règlement dans la proposition. Il s'agit plutôt d'une dette subséquente à la proposition qui ne peut pas être incluse dans la proposition et par conséquent, elle doit être payée en entier.

Le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle a indiqué au Comité qu'à son avis, ce traitement différentiel créerait pour certains débiteurs insolvables une mesure incitative pour déclarer faillite plutôt que de présenter une proposition de consommateur. À son avis, il serait logique que les dispositions de la *Loi sur l'impôt* ne privilégient pas la faillite par rapport aux propositions. Il a fait remarquer que de telles mesures qui incitent à faire faillite plutôt qu'à réorganiser la dette sont prévues dans la *Loi sur l'impôt* pour les propriétaires de petites entreprises à cause du traitement de la remise de dette de la Loi.

Pour trouver une solution à ces mesures incitatives perverses, le Groupe de travail a recommandé qu'en ce qui concerne les propositions de consommateur, la date de fin

d'exercice aux fins d'impôt pour les particuliers soit la date du dépôt de la proposition auprès du séquestre officiel. Pour les propositions commerciales, la date de fin d'exercice est celle des dates suivantes qui se présente la première : la date de préavis de proposition ou la date de dépôt de la proposition auprès du séquestre officiel. De plus, les dispositions sur les remises de dette énoncées à l'article 80 de la Loi ne s'appliquent pas aux particuliers qui déposent une proposition aux termes de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité.*"

L'Association du Barreau canadien a déclaré au Comité qu'étant donné l'énorme frustration causée par les problèmes que présentait la différence dans le traitement fiscal des propositions et des faillites, elle était d'accord avec la recommandation du Groupe de travail. De l'avis de l'Association, la différence n'a pas de fondement apparent dans la politique et empêche bon nombre de débiteurs bien intentionnés de s'acquitter de leurs obligations au moyen d'une proposition et les force à déclarer faillite malgré les objectifs de politique clairement énoncés dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité.*

L'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation et l'Institut d'insolvabilité du Canada appuient la position du Groupe de travail et ils ont indiqué au Comite que la codification d'une période de fin d'exercice aux fins de l'impôt pour les propositions personnelles faciliterait l'administration et permettrait d'assurer une plus grande cohérence dans la façon dont ces périodes sont traitées. En établissant la date de fin d'exercice pour l'impôt à la date de la proposition, les responsabilités fiscales seraient exprimées clairement et facilement dans la proposition, ce qui établirait une certitude relativement aux responsabilités du débiteur.

Le Comité croit que le système d'insolvabilité ne doit pas être structuré d'une façon telle que les débiteurs soient encouragés à déclarer faillite plutôt qu'à déposer une proposition de consommateur.

Le Comité croit que le système d'insolvabilité ne doit pas être structuré d'une façon telle que les débiteurs soient encouragés à déclarer faillite plutôt qu'à déposer une

proposition de consommateur. Ces mesures incitatives servent mal les débiteurs, étant donné le coût social et économique de la faillite, mais elles servent également mal les intérêts des créanciers qui sont susceptibles de recouvrer un montant moindre avec une faillite qu'avec une proposition de consommateur. Étant d'avis que le changement fiscal recommandé par le Groupe de travail et approuvé par plusieurs témoins créerait des mesures incitatives adéquates et par conséquent, contribuerait à l'équité, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée afin de préciser que, pour les fins des propositions de consommateurs, la date de fin d'exercice pour l'impôt sur le revenu est la date à laquelle la proposition est déposée auprès du séquestre officiel. Pour les propositions commerciales, la date de fin d'exercice est celle des dates suivantes qui se présente la première : la date de préavis de proposition ou la date de dépôt de la proposition auprès du séquestre officiel. En outre, il faudrait modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour veiller à ce que les dispositions sur les remises de dette énoncées à l'article 80 de la Loi ne s'appliquent pas aux particuliers qui déposent une proposition aux termes de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

O. Clauses de plein droit

Certaines ententes consommateurs-créanciers contiennent une disposition qui autorise la partie non consommatrice à mettre un terme à l'entente immédiatement en cas de faillite du consommateur, même si ce dernier s'est acquitté de toutes ses obligations contractées dans le cadre de l'entente. Appelées clauses de plein droit, ces dispositions peuvent vouloir dire que les consommateurs perdent accès aux services et aux installations essentiels, y compris les services bancaires et les services publics.

Appelées clauses de plein droit, ces dispositions peuvent vouloir dire que les consommateurs perdent accès aux services et aux installations essentiels, y compris les services bancaires et les services publics.

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* rend nulles et non avenues ces clauses dans le cas des propositions de consommateur, mais les dispositions de la Loi ne touchent pas le droit de la partie non consommatrice de mettre fin à l'entente si cette dernière est brisée après qu'une proposition de consommateur est déposée. De plus, la partie peut demander au tribunal une libération si l'annulation de la clause de plein droit par le débiteur cause à la partie non consommatrice des difficultés indues. La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ne rend pas nulles et non avenues les clauses qui ont trait aux faillites des consommateurs.

Estimant qu'il n'y a pas de raison valable pour que la distinction entre les propositions de consommateur et les faillites de consommateur soit maintenue dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle a fait part au Comité de sa recommandation de modifier la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* pour prévoir que les clauses de plein droit puissent être rendues nulles et non avenues en ce qui concerne les faillites de consommateurs. Les professeurs Ziegel et Telfer, l'Association du Barreau canadien, l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation et l'Institut d'insolvabilité du Canada sont d'accord avec l'annulation des clauses de plein droit dans les contrats de prestation de services publics et d'autres services essentiels.

L'Association des banquiers canadiens a présenté un point de vue différent au Comité: en effet, elle n'est pas d'accord avec le fait qu'un prêteur ne puisse pas accélérer le remboursement dans le cadre d'un accord de prêt ou d'y mettre fin d'une autre façon parce que l'emprunteur a déclaré faillite. Dans l'éventualité d'une faillite, l'Association croit qu'une disposition de plein droit doit se limiter à la capacité de conserver un compte bancaire et d'autres services bancaires de base. À son avis, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ne devrait pas contenir une disposition qui interdirait les clauses de plein droit en cas de faillite.

Le Comité ... croit qu'aucune distinction ne doit être faite entre les propositions et les faillites en ce qui a trait aux clauses de plein droit; autrement, il y aurait manque de cohérence.

Le Comité est d'accord avec la plupart des témoins et croit qu'aucune distinction ne doit être faite entre les propositions et les faillites en ce qui a trait aux clauses de plein droit; autrement, il y aurait manque de cohérence. De plus, le Comité est d'avis que ces clauses devraient être non applicables pour faire en sorte que le débiteur continue d'avoir accès aux services de base dont lui-même et sa famille ont besoin. Dans cette optique, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée afin de préciser que les clauses de plein droit inscrites dans des contrats de fourniture de services essentiels ne sont pas exécutoires en cas de proposition de consommateur ou de faillite personnelle.

P. Évaluation du crédit

Au Canada, les agences d'évaluation du crédit aident les fournisseurs de crédit à évaluer le niveau de risque lié au service qu'ils octroient dans chaque cas particulier. Cette aide prend la forme de rapports touchant les demandeurs de crédit, dont la cote de solvabilité est exprimée sous forme de lettres et de chiffres.

Les agences d'évaluation du crédit donnent aux faillis la cote la plus basse — R-9 — ce qui peut les priver de crédit, bien que la décision d'en octroyer est toujours laissée à la discrétion du fournisseur. Cette note peut demeurer dans le dossier du failli pendant six ans après la date du dépôt de bilan, mais peut être relevé à R-7 deux ans après que le failli a suivi avec succès un programme de consultation obligatoire. Depuis 1992, ce type de programme est exigé pour les faillis dont c'est la première faillite et qui demandent une libération automatique. Certains fournisseurs de crédit donneront de nouveau du crédit à un demandeur qui a une cote R-7.

Lorsque les propositions de consommateur ont été créées en 1992, les débiteurs qui y recouraient obtenaient une cote R-9 pendant trois ans après avoir mené à terme leur proposition. Comme ces propositions portent souvent sur trois ans, les débiteurs qui déposent des propositions réussies sont aussi pénalisés que les faillis, par une cote R-9 maintenue pendant aussi longtemps, bien que les créanciers recouvrent une portion plus importante des sommes qui leur sont dues que s'il s'était agi d'une faillite. En fait, selon la durée de la proposition, il est possible que les débiteurs ayant déposé des propositions réussies aient une cote R-9 pendant plus longtemps que ceux qui choisissent la faillite. Cela ne semble pas compatible avec la notion selon laquelle les débiteurs devraient être encouragés à déposer des propositions de consommateur plutôt que de déclarer faillite.

... les débiteurs devraient être encouragés à déposer des propositions de consommateur plutôt que de déclarer faillite.

Pour rectifier ce qui semblait être une anomalie, le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle a recommandé que des discussions formelles débutent entre le Bureau du surintendant des faillites, les agences d'évaluation du crédit et ceux qui utilisent leurs services, dans le but d'établir « un protocole garantissant que les débiteurs qui mènent à terme une proposition seront pénalisés pendant moins de temps par une cote de crédit défavorable que les faillis ». Si les discussions n'aboutissent pas au résultat désiré, le Groupe de travail recommande d'établir une mesure législative limitant la mesure dans laquelle une agence d'évaluation du crédit pourrait maintenir une note défavorable à un débiteur qui a mené à terme sa proposition. Cette période devrait être limitée aux deux tiers au maximum de la période pendant laquelle un failli a une cote R-9. Si la proposition échoue, la cote R-9 devrait demeurer aussi longtemps que si le débiteur avait choisi de déclarer faillite.

Estimant qu'il faut encourager davantage les débiteurs à recourir aux propositions, l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation (ACPIR) et l'Institut d'insolvabilité du Canada ont fait savoir au Comité qu'ils appuyaient la proposition du Groupe de travail. Ils ont également précisé que, lorsque le débiteur dépose une proposition qui n'est pas menée à terme et déclare faillite peu après, le failli ne devrait pas être pénalisé pour avoir tenté de déposer une proposition en vain. Autrement, le débiteur pourrait avoir une note de crédit négative plus longtemps que s'il avait déclaré faillite tout de suite, au lieu de tenter de déposer une proposition. L'Association du Barreau canadien est en faveur de cette proposition.

L'Association des banquiers canadiens a fait savoir au Comité que les débiteurs ayant mené à terme des propositions de consommateur devraient obtenir des rapports moins négatifs que ceux qui déclarent faillite, et la cote reflétée dans le rapport devrait tenir compte du niveau d'allégement de leurs difficultés financières. Elle croit tout particulièrement que les faillis devraient recevoir une cote R-9 pendant les sept années,

les particuliers qui déposant une proposition de consommateur une cote moins mauvaise pendant une période plus courte et ceux qui suivent un programme de gestion de la dette ou de paiement méthodique des dettes auprès d'un conseiller en crédit, une cote encore moins mauvaise pendant une période encore plus brève que dans les deux premiers cas. D'après Omega One Ltd., les particuliers présentant une proposition de consommateur devraient obtenir une meilleure cote de crédit que ceux qui déclarent faillite.

L'Association des banquiers canadiens estime que cette gradation encouragerait les consommateurs à obtenir des services d'un conseiller en crédit avant de déposer leur bilan. À son avis, les décisions en matière d'évaluation de crédit des débiteurs ayant mené à terme une proposition de consommateur devraient être négociées par les bureaux de crédit et les administrations provinciales et ne pas être prises par voie juridique.

Nous ne devrions pas accepter que des mesures de nature législative, administrative ou relevant de la procédure encouragent des débiteurs à choisir la faillite plutôt qu'une proposition de consommateurs.

De l'avis du Comité, les débiteurs devraient être dûment encouragés à mener des propositions de consommateur, lorsque cela est préférable à la faillite. Nous ne devrions pas accepter que des mesures de nature législative, administrative ou relevant de la procédure encouragent des débiteurs à choisir la faillite plutôt qu'une proposition de consommateurs. Nous sommes d'avis qu'une proposition menée à terme représente le meilleur des compromis : le débiteur ne déclare pas faillite et est normalement plus en mesure d'obtenir du crédit à l'avenir et les créanciers ont plus de chances de recouvrer les sommes qui leur sont dues qu'autrement.

Le Comité n'estime toutefois pas que les agences d'évaluation du crédit devraient être obligées par la loi à mettre en place un régime strict avec des notes convenues pour les faillis, les débiteurs qui ont mené à terme une proposition de consommateur et ceux qui ont échoué. Par souci d'équité à l'intention des débiteurs, des fournisseurs de crédit, des agences d'évaluation du crédit et des autres intervenants, toute

intervention législative fédérale dans ce domaine doit être envisagée avec prudence; nous craignons des contestations en vertu de la Constitution au regard du droit de propriété et des droits civiques. Néanmoins, le Comité pense que le système actuel d'évaluation du crédit a des effets pervers et ne récompense pas les efforts des débiteurs insolvables d'honorer une portion plus importante de leurs obligations que ce ne serait autrement le cas s'ils déposaient simplement leur bilan. D'une certaine façon, il n'y a pas d'équité. Par conséquent, le Comité recommande :

Que le Bureau du surintendant des faillites prenne l'initiative de convoquer une réunion entre agences chargées d'octroyer du crédit, distributeurs de crédit, représentants des provinces et des territoires et toute autre partie pertinente, dans le but de négocier un régime de cote de crédit mutuellement acceptable.

Q. Extinction par inadvertance de certaines réclamations visées par des propositions

La LFI stipule que, une fois acceptée par les créanciers et approuvée par le tribunal, une proposition de consommateur ou une réorganisation commerciale est exécutoire pour les créanciers à l'égard de toutes les réclamations non garanties, mais ne libère pas la personne insolvable des dettes et engagements mentionnés à l'article 178 de la Loi, sauf si le créancier y consent. Cet article porte, notamment, sur les dettes au titre des arriérés de pension alimentaire, résultant de fraude ou d'information trompeuse, et selon une ordonnance de restitution ou le paiement de dommages-intérêts pour lésions corporelles infligées intentionnellement. Par conséquent, si le détenteur de la créance y consent, les dettes et les engagements visés par l'article 178 peuvent être éteints, et une entente mettra un terme aux réclamations datant d'avant la proposition et dont le failli ne peut être libéré et qui ne sont pas celles visées par la proposition.

[A]rticle 178 … porte … sur les dettes au titre des arriérés de pension alimentaire, résultant de fraude ou d'information trompeuse, et selon une ordonnance de restitution ou le paiement de dommages-intérêts pour lésions corporelles infligées intentionnellement.

Le Groupe de travail estime que la LFI pose un problème technique en ce qui concerne l'extinction des réclamations touchées par l'article 178. Il s'agit de la signification de l'expression « y consent »; selon le Groupe, les tribunaux n'ont pas interprété en règle générale la disposition comme exigeant, pour que les réclamations aux termes de l'article 178 soient éteintes, que le demandeur consente expressément à ne pas se mettre sous la protection de l'article 178.

Selon le Groupe de travail, « ce n'était certainement pas l'intention du législateur, lorsqu'il a modifié l'article sur les pensions alimentaires de la LFI en 1997, d'interdire ou de dissuader les demandeurs de pension alimentaire de participer aux propositions dans le cadre des faillites » et que « compte

tenu de l'importance des motifs d'intérêt public qui sous-tendent des dérogations à la libération énoncée à l'article 178, et en particulier celles se rapportant à la pension alimentaire, il est essentiel de protéger ces créanciers d'une extinction par inadvertance ou en toute bonne foi de leurs créances alors qu'ils ont par ailleurs une conduite responsable ». Cela laisse entendre que la LFI devrait être modifiée de manière à ce que soit remaniées et éclaircies ces dispositions de sorte que la protection aux termes de l'article 178 n'existe plus qu'en cas de proposition seulement si le créancier vote en faveur d'une proposition qui prévoit explicitement et expressément un concordat pour les dettes visées par l'article 178. L'Association du Barreau canadien appuie cette position.

L'ACPIR et l'Institut d'insolvabilité du Canada ont toutefois affirmé au Comité que les solutions envisagées par le Groupe de travail sont trop limitées. Selon eux, la LFI devrait être modifiée de sorte que, faute de consentement explicite et donné en toute connaissance de cause par chaque demandeur aux termes de l'article 178, toutes les réclamations au titre de cet article prévues dans la proposition ne soient éteintes. Ils estiment en effet que les motifs d'intérêt public de l'article 178 veulent que certaines dettes ne puissent être éteintes par voie de faillite en raison de leur nature particulière, notamment les amendes imposées par un tribunal, les dommages-intérêts versés pour lésions corporelles infligées volontairement, les pensions alimentaires versées à un ex-conjoint ou à un enfant, la fraude et les prêts étudiants. Ces réclamations sont telles que, globalement, leur maintien vaut plus que les éventuels avantages d'une libération du failli. Il ne faut faire aucune distinction entre les créanciers visés par l'article 178.

Le Comité appuie sans réserve l'opinion générale des témoins selon lesquels la LFI doit être modifiée de sorte que les détenteurs de réclamations au titre de l'article 178 ne voient pas leurs dettes éteintes par inadvertance ou négligence. Un grand nombre de ces réclamations, de par leur nature même,

sont cruciales pour le bien-être et la santé physique et mentale de groupes sociaux relativement vulnérables.

Un grand nombre de ces réclamations, de par leur nature même, sont cruciales pour le bien-être et la santé physique et mentale de groupes sociaux relativement vulnérables.

Le Comité convient que, pour que les dettes au titre de l'article 178 soient éteintes, les créanciers visés doivent consentir explicitement à leur extinction; cette extinction ne peut se produire en raison d'une confusion entre les intervenants à propos du sens du consentement et à propos du consentement lui-même par les créanciers. La Loi doit être absolument claire à cet égard, étant donné l'importance toute particulière d'un grand nombre des réclamations présentées en vertu de l'article 178. Par conséquent, pour plus d'équité, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de sorte qu'un débiteur insolvable ne soit pas réhabilité à l'égard des dettes et des engagements visés par l'article 178, à moins que le créancier concerné n'y consente expressément et en toute connaissance de cause.

R. Faillite et droit de la famille

En 1997, la LFI a été modifiée de manière à prévoir le caractère prouvable et l'ordre de priorité limité des arriérés au titre des pensions alimentaires pour enfants et conjoints, ce qui a donné lieu, dans certains cas, au paiement d'un dividende au conjoint pour tous les arriérés dus par suite de la faillite de l'autre conjoint. Les réclamations restantes qui n'ont pas été réglées concernant des arriérés au titre d'une pension ne sont pas éteintes. Le Bureau du surintendant des faillites reçoit un prélèvement de 5 % sur le dividende de liquidation, comme chaque fois qu'un syndic verse des dividendes à des créanciers. Les tribunaux ont confirmé que le conjoint demandeur ne peut recouvrer le montant du prélèvement.

En théorie, le failli verse à son syndic, pour que celui-ci le remette aux créanciers, le revenu qui lui reste après avoir satisfait raisonnablement aux besoins financiers de sa famille; en cas de séparation, cela devrait comprendre la pension alimentaire.

Reconnaissant la vulnérabilité particulière des demandeurs de pension alimentaire et étant donné que les politiques publiques favorisent le recouvrement et le paiement des pensions alimentaires, surtout à l'intention des enfants, M. Robert Klotz, de Klotz Associates, a recommandé que la LFI soit modifiée de manière à ce qu'une faillite n'empêche pas un demandeur de pension alimentaire de recouvrer la totalité des arriérés à ce titre auprès de son ex-conjoint failli. À son avis, le prélèvement devrait être à la charge du particulier versant la pension plutôt que par le bénéficiaire; sinon, ce dernier souffrirait du choix du conjoint de déclarer faillite. Il estime que cette disposition devrait s'appliquer à tous les créanciers visés par l'article 178, mais surtout ceux réclamant des arriérés au titre des pensions.

En théorie, le failli verse à son syndic, pour que celui-ci le remette aux créanciers, le revenu qui lui reste après avoir satisfait raisonnablement aux besoins financiers de sa famille; en cas de séparation, cela devrait comprendre la pension alimentaire.

L'article 68 de la Loi prévoit que le syndic et le tribunal sont tenus de prendre en considération la situation personnelle et familiale du failli, et les normes du surintendant des faillites en matière de revenu supplémentaire stipulent que le syndic doit autoriser le failli à déduire les pensions alimentaires aux enfants et au conjoint de son revenu excédentaire. Il est indiqué à l'alinéa 69.41(2)*b*) de la Loi que l'exécution des demandes de pension est suspendue à l'égard des « montants à verser à l'actif de la faillite au titre de l'article 68 ». Dans certains cas, cette disposition a été interprétée comme autorisant le syndic à appliquer cette obligation en priorité par rapport à la saisie du salaire une fois l'entente relative au paiement du revenu excédentaire conclue.

M. Klotz a informé le Comité que, en raison de l'interaction entre l'article 68 et l'article 69.41 de la LFI et les normes du surintendant en matière de revenu excédentaire, il est difficile de verser une pension alimentaire à même le salaire d'un conjoint failli lorsque celui-ci a conclu une entente relative au revenu excédentaire avec le syndic. Pour corriger cette ambiguïté, M. Klotz recommande de modifier la LFI de manière à ce qu'il soit clair que seule une ordonnance du tribunal établie en vertu de l'article 68 de la Loi a priorité sur le paiement de pension alimentaire au conjoint ou à des enfants à même le revenu du failli pendant la faillite. Il estime que les accords conclus entre le failli et le syndic ne devraient pas primer par rapport à l'obligation de verser une pension alimentaire.

Une troisième question dont il faut tenir compte en matière de droit familial et d'insolvabilité est la mesure dans laquelle une faillite peut servir à limiter la séparation d'une pension et autres biens exemptés comme un REER de compagnies d'assurance.

M. Klotz a expliqué au Comité qu'il n'y a aucune raison stratégique pour que les faillites, dans le cadre desquelles les régimes de pension et les REER de compagnies d'assurance ne sont pas liquidés au profit des créanciers, contreviennent aux

principes de la division des biens matrimoniaux. Si tel était le cas, cela reviendrait à libérer le failli au détriment de son conjoint.

De l'avis de M. Klotz, il faut modifier la LFI de manière que la faillite ne suspende ni ne libère les demandes d'égalisation ou de division des biens exemptés aux termes de la législation provinciale applicable.

Dans certaines provinces et dans certaines circonstances, le syndic a le droit du failli de poursuivre en justice le conjoint n'ayant pas fait faillite au titre de la division ou de l'égalisation des biens matrimoniaux. Ce droit est considéré comme un actif confié au syndic, bien que les réclamations au titre des biens matrimoniaux ne soient généralement pas très utiles à ce dernier.

M. Klotz estime que l'on ne peut mener à terme ce type de réclamation lorsqu'elle est distincte du conjoint au profit duquel le remède a été conçu. Même si le syndic dispose du droit d'intenter des poursuites en vue d'obtenir égalisation ou division des biens matrimoniaux, la triste réalité est qu'il est rarement à même de réaliser cet actif de façon significative. Il doit donc le liquider à rabais, ou s'en défaire pour rien. La confiance dans le système est donc minée : le conjoint ayant déclaré faillite n'a pas l'occasion d'obtenir justice sur le plan matrimonial; celui qui n'a pas fait faillite conserve le gros de la part qu'a le conjoint de l'actif familial; les créanciers reçoivent très peu et le conjoint failli ne peut échanger sa demande d'égalisation contre une réduction de la pension qu'il verse à son conjoint ou ses enfants. M. Klotz souhaiterait une modification de la LFI qui exclurait de l'actif confié au syndic le droit de poursuivre en justice le conjoint du failli en vue de l'égalisation ou de la division des biens en vertu des lois sur les biens matrimoniaux provinciales ou territoriales.

Une dernière question à étudier est la dilapidation ou la dissimulation malveillantes ou frauduleuses de biens. Dans

certains cas de discorde conjugale, un conjoint se sert de la faillite pour faire en sorte que l'autre ne reçoive rien au moment du partage des biens matrimoniaux. Les autres moyens auxquels pourrait recourir le conjoint sont la duperie, la dissimulation, la destruction des biens, de faux créanciers, des transferts frauduleux et des machinations. Il est toutefois difficile de prouver que le conjoint a eu de tels agissements, le cas échéant. Bien qu'il existe certains procédés dans ce type de situation en cas de faillite, il n'est utile de faire opposition à une audience de libération de la faillite que si les autres créanciers sont en nombre limité.

Dans certains cas de discorde conjugale, un conjoint se sert de la faillite pour faire en sorte que l'autre ne reçoive rien au moment du partage des biens matrimoniaux.

M. Klotz a aussi dit au Comité que, si l'on doit prendre au sérieux l'injustice créée par de tels agissements, nous devons fournir un recours simple à la victime, dans la mesure du possible, qui ne l'amène pas dans une nouvelle vague de litiges une fois la faillite déclarée. Parallèlement, nous devons veiller à concevoir un recours approprié de manière à ne pas nuire à un débiteur honnête mais malheureux en affaires.

M. Klotz a suggéré au Comité que la LFI soit modifiée de manière à exclure, de la libération, toute réclamation prouvable à l'égard de la division des biens matrimoniaux découlant d'une dissimulation ou une dilapidation malveillantes ou frauduleuses des biens. Cette exclusion devrait se limiter au montant du dividende de liquidation que le créancier aurait reçu si le failli n'avait pas agi de la sorte. En particulier, il faudrait modifier l'article 178 de la LFI pour ajouter, aux dettes qui ne sont pas éteintes par la faillite, une dette en vue de l'égalisation ou de la division des biens en vertu des lois provinciales et territoriales sur les biens matrimoniaux, dans la mesure où la dette provient d'une dissimulation ou d'une dilapidation malveillantes ou frauduleuses par le failli.

Nous devons veiller à ce que les effets dévastateurs d'un divorce soient réduits au minimum dans la mesure du possible — sur le plan financier, notamment — pour toutes les parties intéressées, mais surtout pour les innocents.

Le Comité accepte les recommandations et le raisonnement de M. Klotz. Nous craignons qu'une loi — et l'interaction entre les diverses lois — ait des conséquences

imprévues qui nuisent à des innocents. Les questions soulevées par M. Klotz exigent une résolution rapide. Nous devons veiller à ce que les effets dévastateurs d'un divorce soient réduits au minimum dans la mesure du possible — sur le plan financier, notamment — pour toutes les parties intéressées, mais surtout pour les innocents. L'éventualité que l'État reçoive des sommes qui devraient servir en priorité au paiement de pensions alimentaires pour enfants ou d'aliments inquiète aussi le Comité. En clair, les changements que propose M. Klotz appuient les principes fondamentaux d'équité et de responsabilité. De ce point de vue, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de sorte :

- **que la faillite n'empêche pas un demandeur de recouvrer le montant total des arriérés au titre de la pension dus par un conjoint failli;**
- **qu'il soit explicite que seules les ordonnances de tribunaux faites en vertu de l'article 68 de la Loi priment par rapport à l'obligation de verser une pension au conjoint et aux enfants à même le revenu du failli pendant la période de la faillite;**
- **que la faillite ne suspende ni n'éteigne de réclamation au titre de l'égalisation ou de la division de l'actif exempté en vertu des lois provinciales ou territoriales pertinentes;**
- **que soient exclus des biens transmis au syndic le droit de poursuivre le conjoint du failli en vue de l'égalisation ou de la division des biens en vertu de lois provinciales ou territoriales sur les biens matrimoniaux, et**
- **que soit ajoutée, aux dettes non éteintes par la faillite, une dette au titre de l'égalisation ou de la division des biens visés par les lois provinciales ou territoriales sur les biens matrimoniaux, si la dette est attribuable à une dilapidation ou une dissimilation malveillantes ou frauduleuses des biens par le failli.**

LES DÉBITEURS ET LES CRÉANCIERS DOIVENT SE PARTAGER LE FARDEAU

Examen de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*

Rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce

Président
L'honorable Richard H. Kroft

Vice président
L'honorable David Tkachuk

Novembre 2003

This report is also available in English

Information regarding the Committee can be obtained through its web site:
www.senate-senat.ca/bancom.asp

Des renseignements sur le Comité sont disponibles sur le site :
www.senate-senat.ca/bancom.asp

Table des matières

Table des matières

Le Comité vi
Ordre de Renvoi viii
Recommandations ix

Chapitre 1

Introduction 1

Chapitre 2

Philosophie du Comité concernant la législation en matière d'insolvabilité 7

Chapitre 3

La législation en matière d'insolvabilité et sa justification 13

A. L'importance socio-économique des lois en matière d'insolvabilité 13
B. Ampleur et nature du problème 16
C. La Loi sur la faillite et l'insolvabilité 20
D. La Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies 22

Chapitre 4

Questions d'insolvabilité des particuliers

A. Biens insaisissables 23
B. Le cas des REER et des REEE 29
C. Ententes de réaffirmation 39
D. Administration sommaire 43
E. Sûretés autres qu'en garantie du prix d'achat à l'égard de biens personnels insaisissables 46
F. Crédit-conseil obligatoire 49
G. Privilèges des consommateurs 52
H. Prêts étudiants 55

I. Libération de faillite et traitement des personnes qui en sont à leur deuxième faillite 66
J. Versements de revenues excédentaires à l'actif du failli 69
K. Ententes volontaires pour effectuer des paiements après la libération 72
L. Non-libération des dettes associées à des achats par carte de crédit 75
M. Insolvabilité internationale 77
N. Remise de dette par l'Agence des douanes et du revenu du Canada 80
O. Clauses de plein droit 83
P. Évaluation du crédit 85
Q. Extinction par inadvertance de certaines réclamations visées par des Visées par des Propositions 89
R. Faillite et droit de la famille 92

Chapitre 5

Questions d'insolvabilité des entreprises

A. Protection de la rémunération: salaries et pensions 97
B. Financement du « débiteur-exploitant » 111
C. Droits des fournisseurs impayés 116
D. Insolvabilité dans un contexte international 123
E. Administrateurs: obligations et sanctions 130
F. Transferts à une valeur sous-estimée et préférences 134
G. Faillite de maisons de courtage 137
H. Marchés financiers 139
I. Responsabilité du spécialiste en insolvabilité: nouvel employeur 142
J. Contrats exécutoires 144
K. Cotisations à une commissions des accidents du travail 153
L. Séquestres provisoires 159
M. Entreprise en exploitation et vente d'actifs 161
N. Gestion 164
O. Approbation des plans 166
P. Priorités 168
Q. Insolvabilité d'autres entités 170

R. Impôt sur le revenu 173
S. Subordination des créances en titres participatifs 175
T. Tribunaux administratifs et suspension des procédures 178

Chapitre 6

Questions d'ordre administratif et procédural

A. Volume des affaires, accès au processus et financement du Bureau du surintendant des faillites 181
B. Consolidation des lois sur l'insolvabilité 188
C. Examen des lois sur l'insolvabilité 192
D. Des juges spécialisés 196
E. Questions de coût 199
F. Conflits d'intérêts 202
G. La définition du revenu 205
H. Définition de « débiteur consommateur » 209
I. Choix du syndic 212
J. Droits de vote des créanciers ayant un lien de dépendance 213
K. Dettes dont le failli n'est pas libéré par une ordonnance de libération 216

Chapitre 7

Conclusion 219

Annexe A:

La *Loi sur les liquidations et les restructurations* et la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* 221

Annexe B :

Évolution de la législation sur l'insolvabilité au Canada et notamment de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* 225

Annexe C :

Le rapport d'Industrie Canada 234

Annexe D :

Point de vue international sur la Loi en matière d'insolvabilité 249

Annexe E :

Témoins et mémoires 262

CHAPITRE CINQ :
TÉMOIGNAGES ET RECOMMANDATIONS DU COMITÉ SÉNATORIAL SUR L'INSOLVABILITÉ DES ENTREPRISES

A. Protection de la rémunération : salaires et pensions

Aux termes de la *Loi sur l'insolvabilité* de 1949, les réclamations pour salaires impayés résultant de la faillite de l'employeur avaient la priorité sur les créances ordinaires jusqu'à concurrence de 500 $. Aux termes des modifications apportées à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI) en 1992, les réclamations pour salaires et droits assimilés impayés gagnés pendant les six mois précédant immédiatement la faillite sont prioritaires jusqu'à concurrence de 2 000 $; elles passent avant les créances ordinaires en cas de faillite, mais après les créances prioritaires et certaines créances de la Couronne. En fait, les créances salariales viennent au quatrième rang des créances non garanties bénéficiant d'une priorité de répartition, après les frais funéraires et testamentaires, les honoraires et dépenses du syndic et les frais juridiques. S'il y a des fonds – et souvent il n'y en a pas – créances salariales et assimilées sont normalement réglées quelque temps après la date de la faillite.

La protection des salariés a reçu beaucoup d'attention au Canada, un certain nombre de comités et le Parlement, entre autres, s'étant penchés sur la question.

La protection des salariés a reçu beaucoup d'attention au Canada, un certain nombre de comités et le Parlement, entre autres, s'étant penchés sur la question. Divers moyens de protection ont été proposés dont la priorité absolue des créances salariales même sur les créances garanties; l'incorporation au régime de la LFI des priorités provinciales existantes; l'élimination de la période d'attente pour les prestations d'assurance-emploi; et un fonds de protection des salariés financé par le Trésor, par les contributions de l'employeur et de l'employé directement ou indirectement par

les contributions de l'employeur et de l'employé à la caisse d'assurance-emploi.

Chacune de ces options a des avantages et des inconvénients. Côté inconvénients, la création d'un fonds alimenté par les employeurs et les employés, que ce soit au moyen d'un nouvel impôt ou de contributions au système d'assurance-emploi, voudrait dire que les employeurs à faible risque de faire faillite subventionneraient les employeurs moins solides. Si le fonds était financé par le Trésor, la protection des salariés serait financée par les contribuables. Quant à la priorité absolue des créances salariales, elle aurait pour effet, en somme, de faire payer la protection des salariés aux créanciers garantis.

Certains croient que la priorité absolue est moins avantageuse qu'un fonds de protection des salariés – peu importe les modalités de son financement – à cause de l'incertitude relative quant à l'existence de fonds suffisants; de la possibilité de retards de paiement considérables en attendant la vente des actifs du failli; des difficultés de la répartition du règlement des réclamations entre les créanciers garantis; de l'imposition d'un fardeau imprévu sur les créanciers garantis; et de la possibilité de problèmes de coût du crédit et d'accès au crédit, notamment dans les industries à forte intensité de main-d'œuvre. On estime qu'un fonds de protection des salariés accélérerait le paiement des salaires dus, permettant ainsi aux employés de répondre à leurs besoins en argent les plus immédiats en attendant de se trouver de l'emploi ou de toucher des prestations d'assurance-chômage.

La notion d'un fonds fédéral de protection des salariés remonte au projet de loi C-60 de 1975 qui mettait en œuvre une recommandation du Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité – le comité Tassé – portant de donner la priorité absolue aux créances salariales jusqu'à concurrence de 2 000 $ aux dépens des créanciers garantis et ordinaires.

La notion d'un fonds fédéral de protection des salariés remonte au projet de loi C-60 de 1975 qui mettait en œuvre une recommandation du Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité – le comité Tassé – portant de donner la priorité absolue aux créances salariales jusqu'à concurrence de 2 000 $ aux dépens des créanciers garantis et ordinaires. Devant les objections soulevées par les créanciers garantis, le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a recommandé la création d'un fonds

gouvernemental de protection des salariés alimenté par les employeurs et les employés qui servirait à payer les salaires en souffrance jusqu'à concurrence de 2 000 $ tout de suite après la faillite. Par ailleurs, le Comité estimait que la priorité absolue des créances salariales nuirait à l'aptitude d'un emprunteur à obtenir du crédit, notamment dans les industries à forte intensité de main-d'œuvre.

Dans sa première version déposée en 1991, le projet de loi C-22 visait à créer un programme de protection des créances salariales – conformément au projet de Loi sur le recouvrement des créances salariales – financé par une cotisation sociale de 0,024 % des gains assurables hebdomadaires d'un employé qui serait exigible de tous les employeurs – y compris ceux des secteurs public et parapublic dont les employés ne bénéficieraient probablement jamais du fonds – afin de dédommager directement les employés d'entreprises faillies, liquidées ou mises sous séquestre. Le programme prévoyait le paiement de 90 % des salaires et de la paie de vacances gagnés pendant les six mois précédents jusqu'à concurrence de 2 000 $ et de 90 % des dépenses d'un voyageur de commerce impayées pendant les six mois précédents jusqu'à concurrence de 1 000 $. Le programme n'aurait pas couvert les cotisations de retraite ni les indemnités de départ.

En mai 1992, le ministre de la Consommation et des Affaires commerciales a retiré le programme du projet de loi et, en juin 1992, il a annoncé son intention de renvoyer la question des créances salariales à un comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes. Le comité mixte spécial, qui devait déposer son rapport avant juin 1993, n'a jamais été mis sur pied. C'est pourquoi la LFI conserve le statut de créance garantie aux réclamations pour salaires et pour dépenses des voyageurs de commerce impayés. Par ailleurs, le plafond est passé de 500 $ à 2 000 $ pour les salaires et de 300 $ à 1 000 $ pour les dépenses de voyageurs de commerce. Dans les cas où l'employeur insolvable présente une proposition, ces montants sont payés immédiatement après que les tribunaux ont approuvé la proposition. Le projet de loi C-5 ne modifiait pas les

montants, mais il permettait à un représentant d'un ministère fédéral ou provincial du Travail ou à un syndicat de déposer une réclamation au nom de tous les employés.

Les employés sont considérés comme des créanciers vulnérables dont le pouvoir de négociation individuel est faible et qui n'ont guère la possibilité d'évaluer correctement le risque que leur employeur fasse faillite.

Nombreux sont ceux qui croient que les employés ont besoin d'une meilleure protection que celle que leur accorde actuellement la LFI. Les employés sont considérés comme des créanciers vulnérables dont le pouvoir de négociation individuel est faible et qui n'ont guère la possibilité d'évaluer correctement le risque que leur employeur fasse faillite. Quelle que soit la protection qu'ils reçoivent – priorité absolue, fonds de protection ou créance garantie –, sans doute comportera-t-elle un montant maximal en dollars ainsi que des limites quant aux périodes de rémunération et (ou) aux rémunérations admissibles; certains croient que la protection devrait s'étendre à la paie de vacances, aux indemnités de départ et aux pensions.

Le Comité a reçu tout un éventail de témoignages sur la question des réclamations pour rémunération impayée, en particulier les créances salariales.

Le Comité a reçu tout un éventail de témoignages sur la question des réclamations pour rémunération impayée, en particulier les créances salariales. Certains témoins favorables à l'amélioration de la protection recommandent la priorité absolue des créances salariales et la mise en place d'un fonds de protection des salaires. La professeure Janis Sarra de la Faculté de droit de l'Université de Colombie-Britannique a commenté les autres témoignages reçus par le Comité sous l'angle de la protection des salaires. Elle se dit préoccupée par les pressions qui s'exercent en faveur d'un abandon de la protection des intérêts des travailleurs de l'entreprise en difficulté financière. Il lui semble que les discussions sur le rehaussement de la priorité ou la priorité absolue des créances salariales et la création d'un fonds de rajustement des salaires qui se tiennent dans le cadre de l'examen législatif sont anémiques en partie parce que les travailleurs sont désavantagés comme groupe lorsqu'il s'agit de revendiquer une protection législative. À son avis, il faudrait sérieusement envisager de rehausser la priorité des salaires et de créer un système national de rajustement des salaires en vue d'empêcher le rejet indu des réclamations pour salaires impayés à l'égard de services déjà rendus à une entreprise.

Les professeurs Ziegel et Telfer, qui représentaient un certain nombre de professeurs de droit, sont également favorables à l'amélioration de la protection des salariés. Ils prônent une caisse d'assurance-emploi modestement élargie tout en se disant prêts à appuyer, comme solution de rechange, un privilège prioritaire à l'égard des stocks et des comptes débiteurs de l'employeur, dont on pourrait vérifier l'efficacité pendant une période d'essai. Estimant que les travailleurs non payés sont sérieusement sous-protégés par la LFI, ils recommandent que le régime élargi d'assurance-emploi protège les salaires impayés jusqu'à concurrence d'un certain montant, mais non la paie de vacances et les indemnités de départ.

Les représentants du monde syndical appuient également l'amélioration de la protection non seulement des salaires, mais d'autres éléments de rémunération comme la paie de vacances, les indemnités de départ ainsi que les cotisations et les prestations de pension. Bien que parlant expressément du processus de la LACC, le Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada) nous a déclaré que ce processus devait reconnaître que les salariés d'un employeur insolvable sont plus vulnérables à la faillite de leur entreprise que les banquiers, les propriétaires et les fournisseurs institutionnels étant donné que la perte d'emploi entraîne fréquemment une grave détérioration de leurs conditions de vie et des perspectives de leur famille et de leur collectivité.

Les Métallurgistes unis d'Amérique préconisent à la fois la priorité absolue des créances salariales et la création d'un fonds de protection des salariés accordant la priorité aux salaires, à la paie de vacances, aux indemnités de départ et aux déficits du fonds de pension. Cette double protection, estiment-ils, atteindrait quatre grands objectifs : le fonds de protection des salariés garantirait le versement rapide des montants en attendant le règlement final des questions relatives à la faillite et à l'insolvabilité; il éliminerait l'anomalie

suivant laquelle les indemnités de départ des cadres supérieurs bénéficient de la protection des tribunaux grâce à l'établissement de fiducies ou de charges priorisées; il protégerait le trésor public puisque le responsable du fonds aurait le droit de recouvrer tout ou partie des paiements versés; et il encouragerait peut-être l'extension d'un fonds de garantie des prestations de retraite à d'autres provinces ou territoires.

Le syndicat note également que la paie de vacances, les cotisations de pension, l'indemnité de préavis de cessation d'emploi et l'indemnité de départ sont d'importantes composantes de la rémunération qui sont mises en péril lorsque l'employeur devient insolvable. En outre, parmi ces éléments de rémunération, la réclamation pour indemnité de départ compte généralement pour le gros de la créance salariale. Le rang inférieur des créances des employés doit donc être revu et modifié. Les employés sont plus vulnérables lorsque leur employeur fait faillite que les banques, les propriétaires, les fournisseurs commerciaux ou autres créanciers institutionnels. Les banques et les autres prêteurs commerciaux ont un portefeuille de prêts diversifié. Le non-remboursement d'un prêt ne devrait pas peser lourdement sur les perspectives à moyen et à long terme d'une banque. En outre, dans le cadre de sa relation avec une entreprise, une banque a les moyens d'analyser les risques associés au prêt et de gérer le portefeuille de prêts en conséquence.

Selon les Métallurgistes unis d'Amérique, il faudrait que la définition de «salaire» englobe les indemnités de départ et que les créances salariales soient protégées jusqu'à concurrence d'au moins 20 000 $ et aient la priorité sur les créances garanties. Ils sont en faveur d'un programme de protection des salaires semblables à celui qui existait en Ontario au début des années 1990 et ils croient qu'il faudrait un programme semblable pour les faillites. Il faudrait aussi, selon eux, un large programme national d'assurance des prestations de retraite.

Le Congrès du travail du Canada est en faveur de ces changements proposés.

En outre, comme les Métallurgistes unis d'Amérique, le Congrès du travail du Canada estime que les créanciers peuvent diversifier leur portefeuille de prêts et les investisseurs leurs risques financiers, mais que les employés ont tous leurs œufs dans le même panier. Il en résulte des vulnérabilités économiques, juridiques et psychologiques qui peuvent être (et sont) aisément exploitées dans les crises d'insolvabilité. Il a déclaré au Comité que les tribunaux avaient statué que le « salaire » comprend la paie de vacances, mais non les cotisations de retraite ni les indemnités de départ. En effet, la Cour suprême du Canada a statué dans des affaires de congédiement injustifié que, comme l'indemnité de départ était en fait une indemnité de préavis de cessation d'emploi, elle faisait partie du « salaire ». Par conséquent, il est anormal que la définition de « salaire » qui figure dans la LFI exclue l'indemnité de départ. Selon le Congrès du travail du Canada, il faudrait modifier la définition de « salaire » qui se trouve dans la LFI de manière à l'aligner sur celle de la Cour suprême du Canada, laquelle comprend les indemnités de départ.

Le Congrès du travail du Canada est également en faveur d'un fonds fédéral de protection des salaires financé par des contributions obligatoires de l'employeur sur la base du revenu assurable de façon à payer la différence entre le montant total des salaires dus et le montant pouvant être tiré des actifs de l'entreprise. Le fonds serait en mesure de verser promptement les montants dus aux employés, à compter du jour des derniers paiements jusqu'à la date où la procédure en faillite a été engagée. Il a, lui aussi, mentionné le fonds qui existait en Ontario dans les années 90.

Il a, [au Comit/] ... mentionné le fonds qui existait en Ontario dans les années 90.

Tout en reconnaissant la vulnérabilité des salariés dans les situations d'insolvabilité et qu'ils sont économiquement dépendants, mais incapables de se protéger eux-mêmes lorsque leur employeur devient insolvable, l'Association du Barreau canadien a déclaré au Comité que la priorité absolue

n'était un moyen ni juste ni efficace de protéger les salariés. À son avis, la priorité absolue ferait supporter la totalité des coûts aux créanciers au lieu de les répartir entre les autres parties prenantes, notamment les employeurs et les employés, et réduirait l'accès au crédit, entre autres problèmes. L'Association s'est déclarée en faveur de la création dans le cadre du régime de l'assurance-emploi d'un fonds de protection des salariés qui fournirait 90 % des salaires impayés pour une période de paie jusqu'à concurrence de 2 000 $. Une fois le paiement effectué, le fonds assumerait les droits des employés.

Comme une bonne majorité de ses membres s'opposent à un régime global d'assurance-salaire financé par la caisse d'assurance-emploi et dans le droit-fil de sa résistance passée, la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante s'oppose à la notion de fonds de protection des salariés. Elle a déclaré au Comité que c'était pour les raisons suivantes : le fonds alourdirait les cotisations sociales, ce qui nuirait à la croissance économique et à la création d'emplois; en toute justice, les entreprises bien gérées ne devraient pas avoir à subventionner les mauvaises pratiques commerciales des autres; la LFI accorde déjà le statut de créance garantie aux créances salariales qui répondent à certains critères, et ce niveau de protection est semblable à celui qu'on trouve aux États-Unis; et il faudrait envisager la priorité absolue dans l'éventualité où le gouvernement fédéral déciderait que la protection des salariés est insuffisante.

Parlant au nom de l'industrie bancaire, l'Association canadienne des banquiers s'inquiète d'abord et avant tout de la création de priorités absolues. À son avis, la priorité absolue des créances salariales est incompatible avec le principe de l'efficience puisqu'elle nuirait à l'aptitude des créanciers à déterminer avec exactitude (sic) la situation financière d'un emprunteur et que cette incertitude les pousserait à resserrer leurs pratiques, d'où restriction de l'accès au crédit et augmentation des frais d'emprunt. Elle soutient aussi que la priorité absolue ne garantirait pas la certitude ou la rapidité du paiement des créances.

... la priorité absolue ne garantirait pas la certitude ou la rapidité du paiement des créances.

Selon l'Association, la grande question est de savoir qui devrait supporter le coût de l'amélioration de la protection des salariés. Elle estime, pour sa part, que c'est la société dans son ensemble et l'employé en particulier puisque c'est lui qui est dédommagé du non-paiement de son salaire. Il faudrait donc que ce soit la société ou l'employé qui supporte une partie au moins de la protection. Il serait injuste de faire payer ce coût aux seuls créanciers garantis et il en résulterait une restriction de l'accès au crédit.

Néanmoins, s'il devait y avoir consensus sur la nécessité d'améliorer la protection des salariés, l'Association croit que le meilleur moyen d'atteindre cet objectif serait d'établir un fonds qui remplacerait les salaires impayés jusqu'à concurrence de 2 000 $, exclurait les cotisations de retraite et les indemnités de départ et serait financé par le Trésor, la caisse d'assurance-emploi ou par les employés ou les employeurs à part égale.

Enfin, le Groupe de travail conjoint sur la réforme du droit en matière d'insolvabilité des entreprises a indiqué qu'à son avis il n'avait pas été prouvé qu'il fallait donner un rang supérieur aux créances salariales. Le Groupe estime qu'il faut maintenir les priorités actuelles en la matière, à condition que l'on précise que les cotisations à un régime de pension sont comprises dans le salaire aux fins de la LFI.

Pour l'Union des écrivains du Canada, les salaires impayés ont le même rang que les droits d'auteur impayés, et les auteurs devraient être traités comme des créanciers privilégiés et recevoir leurs droits d'auteur impayés selon le même ordre de priorité que les employés, leurs salaires impayés. À ses yeux, il faudrait aussi une disposition dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et dans les lois provinciales apparentées pour que les administrateurs soient responsables conjointement et individuellement des droits d'auteur.

En songeant à la recommandation à formuler, nous avons tenté d'être équitables envers les employés, les employeurs, les créanciers et les contribuables.

Le Comité estime que la protection prévue actuellement par la LFI en matière de créances salariales est insuffisante et a analysé avec soin les opinions des témoins à propos de l'octroi d'une superpriorité à ces créances et de la création d'un fonds de protection des salariés. L'un des principes fondamentaux énoncés au chapitre deux – l'équité – revêt une importance critique ici. En songeant à la recommandation à formuler, nous avons tenté d'être équitables envers les employés, les employeurs, les créanciers et les contribuables. L'employeur insolvable devrait assumer en partie le coût de la protection, de même que les employés, puisqu'ils constituent, dans un certain sens, des créanciers, ayant fourni des services pour lesquels ils attendent d'être payés.

Les employés se distinguent toutefois des autres créanciers à certains égards et devraient donc peut-être être protégés différemment. Par exemple, ils se trouvent en situation de dépendance économique, contrairement aux autres créanciers, et ne sont pas bien placés pour évaluer avec exactitude le risque d'insolvabilité de leur employeur. Pour des raisons d'équité à l'égard des contribuables, il ne serait pas justifié de constituer un fonds à même le Trésor; par souci d'équité envers les créanciers, ces derniers ne devraient pas être seuls à assumer l'endettement de l'employeur à l'égard des employés. Enfin, par souci d'équité à l'égard des employeurs solvables, ces derniers ne devraient pas avoir à porter le fardeau des coûts engagés par les employeurs insolvables. Donc, pour des raisons d'équité, le Comité estime que les indemnités de vacances et les salaires impayés par suite de la faillite d'un employeur devraient jouir d'une superpriorité sur les créances garanties, laquelle s'exprimerait par une sûreté à l'égard des stocks et des comptes débiteurs et ce, jusqu'à concurrence d'un certain maximuM. Les créanciers garantis pourraient être subrogés dans les droits des employés à l'égard des administrateurs. Par conséquent, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de telle sorte que les créances au titre des salaires et des indemnités de vacances découlant de la faillite d'un employeur soient remboursables à concurrence du moindre des deux montants suivants : 2 000 $ ou la somme due pour une période de paie, par employé. Le

remboursement de ces créances serait assuré grâce à l'octroi d'une superpriorité par rapport aux créances garanties au titre des stocks et des comptes débiteurs qui aurait préséance sur les créances garanties. Les créanciers garantis pourraient être subrogés dans les droits des employés à l'égard des administrateurs.

L'insolvabilité des employeurs soulève également la question de la protection des régimes de pension. La LFI ne prévoit aucune mesure concernant les cotisations impayées à ces régimes, mais la législation fédérale et provinciale en la matière fournit des ordres de priorité. On peut toutefois se demander si les priorités découlant de la législation provinciale seraient protégées en cas de faillite.

Beaucoup pensent que les retraités s'apparentent aux employés, car mal protégés par la législation actuelle, manquant de pouvoir de négociation et difficilement capables d'évaluer exactement le risque de faillite de l'employeur parrainant le régime de pension. Les possibilités de protection des pensions sont similaires à celles visant les salaires – superpriorité et fonds – et présentent des avantages et des inconvénients similaires.

Beaucoup pensent que les retraités s'apparentent aux employés, car mal protégés par la législation actuelle, manquant de pouvoir de négociation et difficilement capables d'évaluer exactement le risque de faillite de l'employeur parrainant le régime de pension.

Pour ce qui est du financement des retraites, il y a deux choses à prendre en compte : les engagements de retraite non capitalisés et les cotisations périodiques non remises. Dans une certaine mesure, les engagements de retraite non capitalisés devraient être réduits par la voie des montants exigés après la découverte d'une déficience actuarielle lors des examens actuariels périodiques obligatoires dans le cas de régimes de retraite agréés.

Pour ce qui est de la protection des régimes de retraite, l'Association des banquiers canadiens a prôné des cotisations mensuelles des employeurs aux régimes de pension et des examens actuariels annuels de ces derniers pour trouver tout engagement non capitalisé. À son avis, s'il faut une

protection supplémentaire des cotisations, la constitution d'un fonds serait la solution la plus efficace et la plus efficiente.

Les syndicats se sont également adressés au Comité à propos de la protection des retraites des employés. Pour ce qui est de la réorganisation aux termes de la LACC, TCA Canada nous a dit que la Loi devrait préciser très clairement qu'aucun tribunal n'a de compétences (inhérentes ou autres) pour s'ingérer dans l'engagement contenu dans une convention collective de financer adéquatement des droits à pension gagnés pendant que la société poursuit ses activités en vertu de la LACC et, de plus, qu'aucune prestation de retraite ne pourrait être réduite par décision unilatérale d'un tribunal. En termes plus simples, un employeur protégé par la LACC ne pourrait continuer de bénéficier des services rendus par ses employés tout en étant exempté par le tribunal d'assumer l'une quelconque de ses obligations découlant d'une convention collective, notamment le financement des pensions.

Les Métallurgistes unis d'Amérique ont également formulé des commentaires sur la question et fait savoir au Comité que les tribunaux n'avaient pas exigé de façon uniforme que les entreprises bénéficiant de la protection de la LACC continuent de cotiser aux régimes de pension de leurs employés. Cette loi dispose que les employés doivent continuer d'être payés; il n'y a donc aucune raison qu'elle ne protège pas explicitement les régimes de pension qui sont, après tout, des salaires reportés. Cet organisme a dit que les engagements de retraite non capitalisés devaient bénéficier d'une superpriorité, d'un rang inférieur uniquement aux impôts fédéraux et provinciaux.

Le Congrès du travail du Canada a déclaré que « Les pensionnés actuels et futurs doivent avoir droit à une protection maximale dans les cas d'insolvabilité d'entreprises… [car], de toutes les parties affectées par une insolvabilité, les pensionnés actuels et futurs sont ceux qui peuvent se protéger

le moins bien »... Ces personnes ne seront pas en mesure de se prémunir contre un endettement à venir... [et]... ne sont pas à même d'imposer ni même de négocier des modalités de financement.

Le Congrès a recommandé deux modes de protection des droits à pension : une assurance ou la création, en vertu de la LFI, d'une superpriorité en cas de sous-capitalisation d'un régime de retraite soit au titre des cotisations et des paiements dus en raison de la sous-capitalisation, soit au titre de la valeur globale de l'efficience sur le plan de la solvabilité au moment de la liquidation.

Pour les raisons précises pour lesquelles elle n'est pas en faveur d'une superpriorité pour les salaires impayés, l'Association du Barreau canadien n'est pas non plus en faveur d'une superpriorité pour les cotisations impayées à des caisses de retraite. Elle prône plutôt un fonds de protection des salariés au cas où le Parlement prévoirait une protection supplémentaire pour ces cotisations.

Conscients de la vulnérabilité des actuels retraités, nous n'estimons toutefois pas qu'il faudrait modifier pour le moment les dispositions de la LFI concernant les créances liées à des retraites. Actuellement les retraités peuvent recevoir des prestations des Régimes de pensions du Canada et de rentes du Québec, de la Sécurité de la vieillesse et du Supplément de revenu garanti et disposent souvent d'économies personnelles et de REER pouvant leur assurer un revenu à la retraite. Il faut trouver un juste équilibre entre, d'une part, le souhait exprimé par certains de nos témoins de mieux protéger les retraités et les actuels cotisants à un régime de retraite professionnel et, d'autre part, les intérêts des autres. Nous le répétons, l'insolvabilité se caractérise de par sa nature même par des actifs insuffisants pour répondre aux besoins de chacun, et il faut faire des choix.

... l'insolvabilité se caractérise de par sa nature même par des actifs insuffisants pour répondre aux besoins de chacun, et il faut faire des choix.

Le Comité estime que, si l'on accordait la protection qu'ont demandée certains témoins, cela serait tellement injuste

Nous estimons donc que, pour plus d'équité, il faut conserver le statu quo.

pour les autres intervenants qu'il ne peut le recommander. Par exemple, nous estimons qu'une superpriorité ou un fonds pourraient indûment réduire les fonds à répartir entre les créanciers. La disponibilité et le coût du crédit pourraient être touchés, de même que, par ricochet, tous les demandeurs de crédit au Canada. De surcroît, nous ne pouvons prôner un fonds financé par le Trésor ou les employeurs et employés, car ce serait injuste pour les contribuables, les employeurs solvables et les employés de ces employeurs. Nous estimons donc que, pour plus d'équité, il faut conserver le statu quo. Par conséquent, le Comité recommande :

Que la *Loi sur l'insolvabilité et la faillite* ne soit pas modifiée en ce qui concerne le traitement des créances relatives aux pensions de retraite.

B. Financement du « débiteur – exploitant »

Le financement du « débiteur – exploitant » est un moyen financier servant à aider les entreprises insolvables à se restructurer. Les entreprises qui tentent de se réorganiser ont besoin en règle générale de liquidités et leurs sources habituelles de crédit peuvent hésiter à les leur fournir ou à les leur fournir à un coût abordable, en raison de leur insolvabilité. Il est en effet relativement risqué de prêter à ces entreprises.

Le financement du « débiteur – exploitant » consiste en l'octroi d'espèces par un nouveau prêteur en échange d'un rang prioritaire par rapport aux créanciers garantis; en règle générale, ces derniers n'aiment pas être supplantés de la sorte. Si la restructuration n'aboutit pas, le nouveau prêteur est protégé au détriment des autres créanciers, dont les pertes pourraient être pires que ce qu'elles auraient été si la compagnie avait déclaré faillite. En revanche, si l'entreprise réussit à se réorganiser, les autres créanciers peuvent recouvrer davantage que si elle avait faillite, les suppressions d'emploi peuvent être moindres, ce qui est bénéfique pour les employés, les familles et les collectivités dans lesquelles ces derniers vivent.

Certains estiment que les nouveaux bailleurs de fonds devraient obtenir un rang prioritaire par rapport aux autres créanciers garantis en raison du risque qu'ils prennent et de l'importance de leur financement dans la réussite d'une réorganisation.

Certains estiment que les nouveaux bailleurs de fonds devraient obtenir un rang prioritaire par rapport aux autres créanciers garantis en raison du risque qu'ils prennent et de l'importance de leur financement dans la réussite d'une réorganisation. Il est impossible de vérifier ce dernier point sur le plan des statistiques puisque aucune donnée n'est systématiquement réunie sur les restructurations en vertu de la LACC.

Ni la LFI ni la LACC ne contiennent de dispositions concernant le financement du « débiteur – exploitant », mais les juges ont autorisé ce type de financement dans des affaires

relevant de la LACC en se prévalant de leur compétence inhérente. Dans une certaine mesure, les tribunaux ont accepté que les fournisseurs de financement du « débiteur – exploitant » aient un rang prioritaire par rapport aux autres créanciers garantis. Parce que les circonstances dans lesquelles ce type de financement peut être autorisé et les chances de réussite d'une réorganisation bénéficiant de ce financement sont incertaines, les créanciers risquent d'agir promptement et de reprendre leur cautionnement; cela peut également se répercuter sur la disponibilité et le coût du crédit.

Certains estiment que ce type de financement ne doit pas s'appliquer à des affaires de moindre envergure et soulève des questions de gouvernance, tandis que d'autres estiment qu'il devrait être offert pour accroître les chances de succès des réorganisations.

Les opinions sur l'autorisation du financement du « débiteur – exploitant » en cas de propositions préparées en vertu de la LFI sont mitigées. Certains estiment que ce type de financement ne doit pas s'appliquer à des affaires de moindre envergure et soulève des questions de gouvernance, tandis que d'autres estiment qu'il devrait être offert pour accroître les chances de succès des réorganisations.

Le Groupe de travail mixte a témoigné devant le Comité à propos du financement du « débiteur – exploitant ». Il s'est dit en faveur d'un pouvoir légal exprès dans le cas des affaires ressortissant de la LACC visant à autoriser ce type de financement et nous a expliqué qu'il serait utile de codifier expressément les pouvoirs des tribunaux dans la LACC pour orienter ces derniers en ce qui concerne l'octroi d'un tel financement et de sa justification. Il a également insisté sur le lien entre l'octroi d'un financement provisoire et la gouvernance de l'entreprise pendant la période de transition et a laissé entendre que le tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire en matière d'octroi du financement de « débiteur – exploitant » selon les critères indiqués dans la loi. Entre autres considérations, les sept facteurs suivants devraient être pris en compte :

a) les modalités prises pour la gouvernance du débiteur pendant les poursuites;

b) la fiabilité et la compétence de la direction et la confiance des principaux créanciers en cette dernière;

c) le temps qu'il faudra pour établir si l'entreprise peut poursuivre ses activités, soit par ne réorganisation soit par une vente, afin d'obtenir davantage qu'avec une liquidation;

d) si le financement du « débiteur – exploitant » augmentera les chances d'une poursuite des activités ou d'une libération;

e) la nature et la valeur de l'actif du débiteur;

f) si les créanciers seront véritablement lésés pendant la période par suite de la poursuite des activités du débiteur; et

g) si le débiteur a fourni un état détaillé de sa trésorerie pour les 120 jours à venir.

L'Association des banquiers canadiens a également formulé des observations à propos de ce type de financement, et fait remarquer qu'il ne se justifie pas dans le contexte de la LFI et devrait être limité, au cas par cas, aux grandes entreprises réorganisées dans le cadre de la LACC. Dans ce dernier cas, le pouvoir du tribunal d'octroyer un financement du « débiteur – exploitant » devrait être codifié, de même que les facteurs à prendre en compte pour établir si ce financement devrait être octroyé. L'Association a appuyé certaines des recommandations du Groupe de travail conjoint sur la réforme du droit d'insolvabilité des entreprises à propos de ce financement.

Les craintes de l'Association visent en partie l'effet d'une superpriorité. Celle-ci a expliqué au Comité que tout changement dans le rang qui a été négocié suscitera de l'incertitude et limitera la disponibilité du crédit. Octroyer une superpriorité à un nouveau créancier lors d'une réorganisation aura un effet négatif sur les modalités de prêt conclues avant l'insolvabilité. Si les compagnies nouvelles et novatrices

doivent recevoir un crédit suffisant à un coût raisonnable, les parties ayant une garantie doivent être sûres que leur rang prioritaire ne sera pas touché.

Remettant en question la justification du financement du « débiteur – exploitant » aux termes de la LACC et non aux termes de la LFI, et n'en trouvant aucune sur le plan des politiques publiques, M. Max Mendelsohn, G.P., a déclaré au Comité que si une entité en cours de réorganisation estime qu'il est trop onéreux de demander du financement du « débiteur – exploitant » pour sa réorganisation, elle ne le fera pas ou n'en sera pas capable. Elle ne devrait toutefois pas être dans l'incapacité d'essayer si le concept se justifie.

L'Association du Barreau canadien a dit appuyer cette opinion, en expliquant que les facteurs qui justifient un financement du « débiteur – exploitant » dans une réorganisation aux termes de la LACC s'appliquent aux propositions en vertu de la LFI. Elle a recommandé que ce type de financement soit offert régulièrement dans le cas des propositions aux termes de la LFI et des réorganisations aux termes de la LACC. Étant donné que l'octroi de ce financement se répercute sur tous les intervenants, il faudrait, au dire de l'Association, que les débiteurs ait le fardeau de la preuve pour ce qui est de demander ce type de financement.

... en cas de financement du « débiteur – exploitant », les tribunaux devraient, de l'avis du Comité, disposer de certaines lignes directrices pour décider s'ils doivent approuver ce financement et si ce dernier, par souci d'équité, doit être offert dans le cas des réorganisations aux termes de la LACC et des propositions en vertu de la LFI; certaines propositions peuvent être relativement importantes de par leur portée et leur taille.

Le Comité estime que le financement du « débiteur – exploitant » pourrait être déterminant pour la poursuite des activités pendant la restructuration, mais signale que la réorganisation pourrait ne pas être à privilégier dans tous les cas, puisqu'il peut se produire que la liquidation soit préférable, à long terme, pour tous les intervenants.

Cela dit, en cas de financement du « débiteur – exploitant », les tribunaux devraient, de l'avis du Comité, disposer de certaines lignes directrices pour décider s'ils doivent approuver ce financement et si ce dernier, par souci d'équité, doit être offert dans le cas des réorganisations aux

termes de la LACC et des propositions en vertu de la LFI; certaines propositions peuvent être relativement importantes de par leur portée et leur taille. De l'avis du Comité, l'entité fournissant le financement devrait être dédommagée des risques qu'elle prend, mais les créanciers garantis existant devraient être avisés que le tribunal envisage l'approbation d'un tel financement et d'un privilège qui aurait priorité sur leurs intérêts. La disponibilité de ce type de financement, les critères guidant les décisions des tribunaux, l'avis aux créanciers garantis et la priorité aux bailleurs de financement du « débiteur – exploitant » permettraient de répondre à plusieurs des principes fondamentaux énoncés au chapitre 2, notamment l'équité, la prévisibilité et l'efficience. Pour toutes ces raisons, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soient modifiées de façon à permettre le financement des débiteurs-exploitants. Les tribunaux devraient obtenir le pouvoir de statuer que le privilège du prêteur qui assure ce type de financement a priorité sur d'autres intérêts prioritaires qu'ils peuvent préciser. En outre, tout créancier garanti touché par cette priorité devrait être prévenu de l'audience du tribunal au cours de la quelle on entend autoriser la création d'une superpriorité ayant préséance sur sa propre créance. Au moment d'autoriser un prêt à un débiteur-exploitant, le tribunal serait tenu de tenir compte des sept facteurs énumérés dans le rapport remis en mars 2002 par le Groupe de travail conjoint sur la réforme du droit en matière d'insolvabilité des entreprises.

C. Droits des fournisseurs impayés

Les fournisseurs impayés ont bénéficié pour la première fois de la protection de la LFI en 1992, quand on leur a conféré le droit de reprendre les marchandises livrées à un acheteur qui fait faillite ou est placé sous séquestre, mais plusieurs conditions s'appliquent ...

La notion de protection des fournisseurs impayés en cas de faillite de l'acheteur n'est pas nouvelle au Canada. Le Code civil du Québec contient une disposition à ce sujet, et le principe est proposé dans le rapport du Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité (le rapport Tassé) en 1970. Les fournisseurs impayés ont bénéficié pour la première fois de la protection de la LFI en 1992, quand on leur a conféré le droit de reprendre les marchandises livrées à un acheteur qui fait faillite ou est placé sous séquestre, mais plusieurs conditions s'appliquent :

- le fournisseur doit présenter une demande écrite de reprise de ses marchandises dans les 30 jours qui suivent la livraison;
- l'acheteur doit être en faillite ou placé sous séquestre au moment de la demande;
- les marchandises doivent être en possession du séquestre, du syndic ou de l'acheteur;
- les marchandises doivent être identifiables et ne pas avoir été payées intégralement;
- les marchandises doivent être dans l'état où elles ont été livrées, ne pas avoir été revendues à un tiers et ne doivent pas faire l'objet d'un contrat de vente.

Si l'acheteur a acquitté en partie le prix des marchandises, le fournisseur peut reprendre une portion des marchandises proportionnelle au montant en souffrance. Il peut aussi reprendre la totalité de ses marchandises s'il rembourse la somme déjà payée. Le droit de reprise ne s'applique pas aux cas où une société procède à une réorganisation aux termes de la LFI, mais si l'entreprise fait ultérieurement faillite, le fournisseur peut alors faire valoir son

droit de reprendre les marchandises livrées juste avant la réorganisation, pourvu que la période de 30 jours ne soit pas terminée.

Les agriculteurs, les pêcheurs et les aquiculteurs jouissent de droits spéciaux. Lorsque leurs produits sont livrés dans les 15 jours qui précèdent la faillite ou la mise sous séquestre de leur client, et qu'ils déposent leur réclamation dans les 30 jours qui suivent, celle-ci est garantie par une sûreté sur la totalité du stock appartenant à l'acheteur et a priorité sur tout autre droit ou réclamation à l'égard du stock de l'acheteur sauf sur le droit précis à la reprise que possède un fournisseur impayé.

La règle des 30 jours a été imposée pour protéger les fournisseurs – qui souvent ne sont pas en mesure d'exiger une garantie à l'égard de la transaction – contre les débiteurs insolvables qui commandent un volume excessif de marchandises juste avant une faillite pour gonfler la valeur de l'actif servant à satisfaire les créanciers garantis. Cette règle peut par ailleurs aider les entreprises en difficulté parce que si les fournisseurs ont la possibilité de récupérer leurs marchandises dans certaines circonstances, ils seront peut-être plus disposés à continuer d'approvisionner leurs clients.

La règle des 30 jours a été imposée pour protéger les fournisseurs – qui souvent ne sont pas en mesure d'exiger une garantie à l'égard de la transaction – contre les débiteurs insolvables qui commandent un volume excessif de marchandises juste avant une faillite pour gonfler la valeur de l'actif servant à satisfaire les créanciers garantis.

On note une certaine controverse quant à l'efficacité de la règle des 30 jours et à sa raison d'être. Les fournisseurs sont en faveur du principe de la protection des commerçants créanciers, mais ces dispositions suscitent néanmoins des critiques. Par exemple, le délai à l'intérieur duquel les fournisseurs doivent réagir pour protéger leur droit de reprise est sans rapport avec la date de faillite de l'acheteur, qui est l'événement qui provoque la reprise. Quand un acheteur fait faillite vers la fin de la période de 30 jours suivant la livraison, il peut s'avérer difficile – sinon impossible – à un fournisseur impayé d'être informé à temps de la faillite et de déposer une demande de reprise de marchandises avant l'expiration du délai prévu. Il faut presque savoir à l'avance que la faillite est proche pour bien faire valoir ses droits.

Le second problème tient au fait que les marchandises doivent se trouver dans l'état où elles ont été livrées; toute transformation dans le contexte d'un processus de production rend caduc le droit de reprise. Il y a aussi un problème quand les marchandises sont revendues avant que le fournisseur ait eu le temps de déposer une demande de reprise. En outre, seuls les fournisseurs de marchandises sont protégés (et non les fournisseurs de services et de crédit) et la protection n'agit qu'en cas de faillite, car ni la LFI ni la LACC ne prévoient quoi que ce soit en ce sens dans les cas de réorganisation. Il est par exemple arrivé que des débiteurs liquident certains actifs durant le sursis d'instance qui se produit au moment du dépôt d'une déclaration d'intention de faire une proposition et paient d'autres créanciers à même le produit de la vente de ces marchandises.

La reprise de marchandises par le fournisseur réduit l'actif du failli et, par voie de conséquence, les fonds à distribuer entre les créanciers ...

La reprise de marchandises par le fournisseur réduit l'actif du failli et, par voie de conséquence, les fonds à distribuer entre les créanciers, ce qui peut avoir des conséquences sur l'offre et le coût du crédit. D'une certaine façon, ce sont les autres créanciers qui assument le coût de la protection des fournisseurs couverts par la règle des 30 jours. De plus, la possibilité de reprise confère au fournisseur un droit qui n'était pas énoncé dans le marché négocié entre lui et son client. Certains pourraient donc soutenir que si le fournisseur voulait obtenir une sûreté, il aurait pu la prévoir lors de la négociation du contrat d'approvisionnement.

Les témoins avaient des vues diverses sur la règle des 30 jours. Certains en réclament l'abolition pour les raisons qu'on vient de donner et d'autres proposent d'y apporter des modifications pour remédier aux lacunes identifiées. Le Groupe de travail conjoint sur la réforme du droit en matière d'insolvabilité des entreprises estime que rien ne justifie que l'on accorde une préférence aux fournisseurs par rapport aux autres créanciers non garantis et qu'il n'est donc pas opportun d'accroître la protection des fournisseurs impayés en cas de faillite. Pour eux, il faudrait en fait même faire disparaître la

préférence spéciale dont bénéficient les fournisseurs de marchandises.

M. Andrew Kent, de McMillan Binch LLP, souscrit à la position du Groupe de travail. À son avis, si la loi était modifiée pour privilégier encore plus les réclamations des fournisseurs de marchandises ayant livré des produits dans les 30 jours d'une faillite, les entreprises clientes n'auraient plus d'argument de négociation avec les fournisseurs. Pour lui, les fournisseurs disposent déjà de plusieurs outils pour se protéger et prennent une décision commerciale délibérée s'ils s'en privent.

M. Kent a aussi donné au Comité une troisième raison de ne pas améliorer le statut des fournisseurs. Pour lui, la situation actuelle représente purement et simplement une faveur concédée à un groupe d'intérêt particulier, car rien ne justifie un tel traitement de faveur du point de vue de la politique publique. Pour lui, si l'on cède à des groupes de pression en l'absence de justification valable sur le plan de la politique publique, on risque de compromettre la compétitivité du Canada, ce qui nuit à tout le monde. Il est aussi contre l'octroi de droits spéciaux aux fournisseurs dans l'éventualité d'une restructuration, car cela pourrait entraver les efforts de restructuration.

Il est aussi contre l'octroi de droits spéciaux aux fournisseurs dans l'éventualité d'une restructuration, car cela pourrait entraver les efforts de restructuration.

L'Association des banquiers canadiens, qui souscrit à la position de M. Kent, prône l'abrogation des dispositions de la LFI qui protègent les fournisseurs impayés, estimant que celles-ci ont des conséquences fâcheuses. En particulier, selon l'ABC, leur existence même limite l'offre de crédit de fonctionnement; ajoute aux coûts de contrôle des créanciers, ce qui force les taux d'intérêt vers le haut; alourdit les coûts des débiteurs forcés de fournir une comptabilisation plus détaillée de leurs stocks; fait double emploi avec les autres mécanismes existants de protection des fournisseurs; et risque d'inciter les fournisseurs à se montrer trop libéraux en matière de crédit. L'Association est donc contre toute amélioration

des droits des fournisseurs impayés sous la forme de superpriorité.

Pour l'Association du Barreau canadien, la protection des fournisseurs impayés est difficile à appliquer et en grande partie inopérante. Parmi les problèmes que posent ces dispositions, l'Association signale notamment le moment où commence la période de 30 jours et le fait que la protection ne s'applique pas aux fournisseurs de services ou de crédit. À son avis, si le Parlement souhaite conserver ces dispositions, il faudrait obliger les intéressés à donner au syndic, dans les 15 jours d'une la faillite ou d'une mise sous séquestre, un préavis de leur intention de reprendre les marchandises livrées dans les trente jours précédant la faillite ou la mise sous séquestre.

D'autres témoins en revanche sont pour la protection des fournisseurs impayés. La Fédération canadienne de l'entreprise indépendante a décrit certaines des difficultés des petites entreprises qui approvisionnent en marchandises des entreprises qui font faillite. Par exemple, étant donné que les clients ont en général 30 jours pour acquitter leur facture, le dernier jour où les marchandises peuvent être saisies est également le jour où la facture est échue. En outre, comme les marchandises doivent se trouver dans l'état où elles étaient à la livraison, toute modification aussi légère soit-elle ou le simple fait d'ouvrir le carton d'emballage peuvent empêcher la reprise des marchandises par le fournisseur impayé. Troisièmement, certaines PME ont eu maille à partir avec des débiteurs qui gonflaient leurs stocks avec des marchandises achetées à crédit juste avant de déposer une déclaration de faillite; cette manœuvre a pour effet de grossir l'actif et donc les montants récupérés par les créanciers garantis aux dépens des fournisseurs impayés. Les PME sont aussi embêtées par les entreprises qui se placent sous séquestre, ne paient pas les créanciers non garantis et rouvrent peu de temps après sous une autre raison sociale, mais avec les mêmes actifs et les mêmes dirigeants.

La Fédération a soumis au Comité un certain nombre de recommandations visant à conférer aux fournisseurs impayés une protection plus efficace : la période d'exercice du droit de reprise devrait être rallongée au-delà des 30 jours actuels; les règles devraient être clarifiées et être rendues plus équitables envers les créanciers non garantis; la propriété des marchandises achetées à crédit ne devrait pas être cédée au débiteur tant que celui-ci n'a pas acquitté le prix intégral des marchandises; les fournisseurs impayés devraient être représentés au sein d'un comité de créanciers qui contribuerait à surveiller le déroulement de la procédure de faillite; le débiteur ne devrait pas être mêlé à la liquidation des actifs; et les règles sur le roulement des actifs devraient être resserrées et assorties de sanctions plus lourdes pour prévenir les abus.

Les professeurs Ziegel et Telfer recommandent d'améliorer la protection des fournisseurs de marchandises impayés et soutiennent que le droit de reprise du vendeur devrait être converti en privilège dès que le débiteur amorce une procédure de réorganisation aux termes de la LFI ou de la LACC.

Equifax Canada Inc., une organisation d'information à la consommation et d'évaluation de crédit, estime que la règle des 30 jours n'assure pas une protection suffisante et qu'une entreprise qui se livre à une réorganisation peut invariablement retarder la satisfaction des réclamations des fournisseurs impayés jusqu'à ce que les marchandises en question aient été consommées dans le processus de production ou ne puissent plus être récupérées pour d'autres raisons ayant à voir avec les dispositions très restrictives de la LFI.

L'Union des écrivains Canada a aussi abordé la question et a dit au Comité que, bien que les auteurs ne soient pas propriétaires de la partie matérielle de leur œuvre, ils devraient être traités de la même manière que les fournisseurs impayés et avoir droit à une reprise proportionnelle aux montants impayés. Les biens des éditeurs englobent la propriété intellectuelle. Si cette propriété intellectuelle n'a pas

été payée intégralement, l'auteur devrait bénéficier d'un privilège sur les exemplaires de ses ouvrages jusqu'à concurrence de la valeur des redevances ou autres paiements en souffrance. L'organisation voudrait que ses membres jouissent de droits analogues à ceux des agriculteurs, des pêcheurs et des aquiculteurs aux termes de la LFI.

Dans l'ensemble, le Comité estime que les dispositions en question de la LFI ne fonctionnent pas comme il était prévu. En fait, à l'instar des témoins que nous avons entendus, nous pensons que leur application pose une myriade de problèmes, et que la protection n'a concrètement aucune valeur. Il importe de donc de déterminer si nous devons recommander des révisions des dispositions ou leur abrogation pure et simple. D'après ce que nous avons entendu, elles ne sont pas efficaces. En outre, elles ne sont pas accessibles à tous les fournisseurs – puisqu'elles ne concernent que les fournisseurs de marchandises et les situations de faillite – et ne sont pas justes puisqu'elles protègent les fournisseurs impayés qui viennent de livrer des marchandises aux dépens des autres créanciers. Il est manifeste que les dispositions courantes ne répondent pas à certains des principes fondamentaux que nous avons identifiés au chapitre deux. Nous pensons cependant qu'il vaut mieux abroger les dispositions en question que de tenter de les modifier, sauf dans le cas des pêcheurs, des agriculteurs et des aquiculteurs, pour lesquels les dispositions conviennent toujours. Pour cette raison, le Comité recommande :

Dans l'ensemble, le Comité estime que les dispositions en question de la LFI ne fonctionnent pas comme il était prévu.

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée pour abroger, sous réserve de l'exception signalée, les dispositions qui protègent les fournisseurs impayés qui ont livré des marchandises à des sociétés en faillite. Les dispositions protégeant les droits des agriculteurs, des pêcheurs et des aquiculteurs à titre de fournisseurs devraient être conservées.

D. Insolvabilité dans un contexte international

La législation canadienne en matière d'insolvabilité est conçue pour régler les faillites de sociétés canadiennes. Or, avec la mondialisation croissante des marchés et des entreprises, de plus de dossiers d'insolvabilité présentent un caractère international. Il est donc important que les procédures judiciaires des pays concernés soient adéquates et compatibles pour faciliter le rétablissement des entreprises en difficulté si cela est possible et souhaitable, pour assurer une répartition équitable des pertes si ce ne l'est pas et, plus généralement, pour garantir une administration juste, efficace et prévisible des cas d'insolvabilité qui présentent un caractère international de manière à préserver les flux de capitaux et l'investissement international.

Il est donc important que les procédures judiciaires des pays concernés soient adéquates et compatibles pour faciliter le rétablissement des entreprises en difficulté si cela est possible et souhaitable, pour assurer une répartition équitable des pertes si ce ne l'est pas et, plus généralement, pour garantir une administration juste, efficace et prévisible des cas d'insolvabilité qui présentent un caractère international de manière à préserver les flux de capitaux et l'investissement international.

Par des modifications apportées en 1997 à la LFI et à la LACC on a cherché à rapprocher la procédure canadienne en matière de faillite et de réorganisation d'entreprises de celle des autres pays et à réduire les problèmes de compétence que peuvent susciter les dossiers d'insolvabilité mettant en cause des actifs situés dans plus d'un pays. Certains témoins ont quand même senti la nécessité de faire mention de la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, dont l'objet déclaré est :

« d'offrir des moyens efficaces pour traiter des cas d'insolvabilité internationale, afin de promouvoir les objectifs suivants:

a) assurer la coopération entre les tribunaux et les autres autorités compétentes [...] intervenant dans les affaires d'insolvabilité internationale;

b) garantir une plus grande certitude juridique dans le commerce et les investissements;

c) administrer équitablement et efficacement les procédures d'insolvabilité internationale, de manière à

protéger les intérêts de tous les créanciers et des autres parties intéressées, y compris le débiteur;

d) protéger les biens du débiteur et en optimiser la valeur; et

e) faciliter le redressement des entreprises en difficultés financières, de manière à protéger les investissements et préserver les emplois.

Plus de 70 pays – dont le Canada – et organisations internationales ont participé à l'élaboration de la loi type, dont toutes les dispositions sont le fruit d'un consensus.

Initiative de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) avec la coopération de l'International Association of Insolvency Practitioners et l'assistance de l'Association internationale du barreau, l'élaboration de la loi type vise à mettre en œuvre un cadre moderne, uniforme et juste – respectueux des particularités des lois nationales – qui s'appliquerait aux cas où le débiteur insolvable possède des actifs dans plus d'un État ou lorsque certains des créanciers du débiteur résident dans un État autre que celui où se produit la faillite. Plus de 70 pays – dont le Canada – et organisations internationales ont participé à l'élaboration de la loi type, dont toutes les dispositions sont le fruit d'un consensus.

Selon la Commission, bien que la loi type même permet les modifications ou une adoption partielle dans le système d'un pays donné, il importe d'utiliser cette souplesse avec prudence. En effet, tout changement nuit à l'harmonisation des dispositions des divers pays et réduit le degré de certitude des parties concernées; ainsi, il peut devenir plus difficile d'obtenir la coopération et la coordination entre les pays concernés dans un dossier d'insolvabilité.

L'adoption de la loi type conférerait aux représentants étrangers davantage de droits et de pouvoirs en matière de possession et de distribution de l'actif d'un failli qu'ils n'en ont actuellement aux termes de la LFI. La réglementation canadienne demeurerait néanmoins, et les tribunaux seraient

habilités à exiger une protection adéquate des créanciers et autres intéressés canadiens.

Certains des témoins ont recommandé que le Canada adopte la loi type telle quelle; d'autres préféreraient que le Canada ne l'adopte pas, tandis que d'autres encore affirment que – si elle est adoptée – il faut d'abord y apporter des changements. L' Institut international d'insolvabilité, qui prône l'adoption de la loi type, a dit au Comité que, dans les cas typiques d'insolvabilité dans un contexte international, des créanciers différents font valoir des réclamations différentes aux termes de règles différentes dans des pays différents et que, quand une entreprise internationale se retrouve insolvable ou en faillite, l'affaire relève le plus souvent de plusieurs administrations indépendantes distinctes et souvent sans rapport entre elles, ayant le plus souvent des objectifs différents quand ils ne sont pas incompatibles. Pour l'Institute, l'adoption de la loi type contribuerait à uniformiser les procédures et les résultats entre les pays.

Un certain nombre de témoins ont exprimé l'avis que la loi type, si elle était adoptée, devrait être assortie d'une disposition de réciprocité aux termes de laquelle les représentants étrangers pourraient se prévaloir des dispositions canadiennes inspirées de la loi type seulement si leur pays avait également adopté cette loi type. Selon ces témoins, cette disposition permettrait d'aider les représentants étrangers en matière d'insolvabilité appartenant à un pays qui a adopté la loi type, mais de refuser cette coopération à ceux des pays qui ne l'ont pas fait.

L'Institut international d'insolvabilité a précisé que, parmi les pays qui ont tenu compte de la loi type, seuls quelques-uns ont exigé la réciprocité. Les partenaires du Canada dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord américain ne sont pas du nombre. Selon l'Institut, « à ce jour, l'opinion internationale semble défavorable à la notion de réciprocité ». En outre, « l'adoption d'une disposition de réciprocité irait à l'encontre de la position de leadership que

… parmi les pays qui ont tenu compte de la loi type, seuls quelques-uns ont exigé la réciprocité. Les partenaires du Canada dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord américain ne sont pas du nombre.

le Canada occupe depuis longtemps dans les dossiers d'insolvabilité dans un contexte international. Cela serait également incompatible avec les dispositions sur l'insolvabilité internationale qui ont été ajoutées [...] en 1997 à la LFI et à la LACC. » À cette époque, on ne songeait pas aux dispositions de réciprocité.

Des témoins ont également avancé d'autres idées. Ainsi, l'Institut d'insolvabilité du Canada a proposé que la reconnaissance d'un représentant étranger aux termes de la loi type soit assujettie à la nomination simultanée d'un comité de créanciers canadiens chargé de protéger les intérêts de ces créanciers dans un cas de réorganisation ou d'insolvabilité qui touche plusieurs pays. L'Institut international d'insolvabilité a appuyé cette idée, de même que le Groupe de travail conjoint sur la réforme du droit d'insolvabilité des entreprises. Même s'il croyait qu'il faudrait envisager de maintenir les dispositions existantes de la LFI et la LACC, le Groupe de travail conjoint a dit au Comité que « si le Canada décide d'adopter la loi type, la mesure législative devrait intégrer des dispositions visant à protéger les intérêts des créanciers canadiens... Il faut nommer un comité des créanciers canadiens. [...] Le comité serait financé à partir des procédures principales à l'étranger et aurait le droit de nommer au besoin un conseiller juridique et des conseillers financiers. »

M. David Baird, c.r., de Torys LLP, a dit au Comité que l'adoption de la loi type au Canada devrait être repoussée jusqu'à ce que soient réglées un certain nombre de questions qu'il a soulevées au sujet du transfert d'actifs vers l'étranger. Si elle était adoptée sans que ces questions soient prises en considération et réglées, il estime que, « comme condition préalable à toute ordonnance de transfert d'actifs à l'étranger, le tribunal devrait être tenu de nommer un comité des créanciers ou un syndic autorisé comme observateur dotés des pouvoirs définis par le tribunal et de s'assurer que des dispositions sont en place pour assurer à ce comité ou à cet observateur des fonds raisonnables ». Il a également recommandé que certaines dispositions de la LFI et de la

LACC concernant la coordination dans les cas d'insolvabilité dans un contexte international soient modifiées de façon à en limiter l'utilisation aux affaires d'une partie insolvable.

L'Association des banquiers canadiens a recommandé d'approfondir l'étude de la question et signifié qu'elle « s'opposerait à l'adoption de la loi type si elle devait avoir un effet préjudiciable sur la souveraineté canadienne ». Selon elle, la loi type ne doit être adoptée que lorsqu'une analyse aura donné l'assurance qu'elle ne risque pas de porter atteinte à la souveraineté du Canada et ni de nuire aux droits des créanciers canadiens, et qu'elle est en harmonie avec la structure du système canadien d'insolvabilité.

M. Keith Yamauchi, professeur à la faculté de droit de l'Université de Calgary, s'oppose à la loi type. Selon lui, il ne s'agit probablement pas de la meilleure loi, car « elle est surtout le fruit du travail de certains intervenants représentant des pays relativement nantis ». Selon lui, « le fait que l'Érythrée l'ait adoptée et que certains pays plutôt nantis ne l'aient pas fait m'amène à me demander si ce modèle taille unique pourrait fonctionner pour un important pays industrialisé comme le Canada ». Le témoin a également parlé de la possibilité de modifier la loi type, avançant que « l'intégration de changements à la loi type pour tenir compte de la culture et de l'économie canadiennes irait à l'encontre des exhortations de la CNUDCI. [...] ... je crois que le Canada doit effectuer un examen approfondi de la loi type d'un point de vue proprement canadien, pour voir si elle viendrait ajouter quoi que ce soit à la culture d'entreprise canadienne. »

L'Association du Barreau canadien a dit que « les faillites dans un contexte international présentent des difficultés particulières pour les parties intéressées et les tribunaux lorsqu'il s'agit de coordonner et d'harmoniser l'administration d'une liquidation ou d'une réorganisation à l'avantage des parties intéressées de plusieurs pays ». Selon elle, « le Canada devrait aspirer à adopter la loi type, » bien que

des modifications puissent s'imposer pour veiller à ce que les intérêts des Canadiens intéressés ne soient pas desservis par les procédures étrangères en matière d'insolvabilité. Enfin, M^me^ Hélène Beaulieu a exposé au Comité ses opinions sur la loi type.

Nous croyons – comme en tout ce qui concerne les accords sur le commerce international – que des règles prévisibles et harmonisées entre les pays en matière d'insolvabilité auront des conséquences souhaitables pour les différents pays du monde, mais plus particulièrement pour le Canada : échanges commerciaux et investissements plus importants, et meilleur accès à un crédit à prix raisonnable.

De l'avis du Comité, la législation canadienne sur l'insolvabilité doit être compatible – sans lui être nécessairement identique – avec la législation d'autres pays, notamment des États-Unis, qui sont notre partenaire commercial le plus grand et le plus important et le pays avec lequel peuvent se présenter les plus nombreuses faillites en contexte international. Nous croyons – comme en tout ce qui concerne les accords sur le commerce international – que des règles prévisibles et harmonisées entre les pays en matière d'insolvabilité auront des conséquences souhaitables pour les différents pays du monde, mais plus particulièrement pour le Canada : échanges commerciaux et investissements plus importants, et meilleur accès à un crédit à prix raisonnable.

Le Comité est conscient du rôle de leadership que le Canada a joué dans l'élaboration d'un cadre législatif sur la faillite en contexte international et de la loi type. En outre, les modifications apportées en 1997 à la LFI et à la LACC relativement à l'insolvabilité dans un contexte international confirment notre conviction que des cas d'insolvabilité se produisent effectivement dans un contexte international et exigent un régime permettant de les régler. Nous estimons qu'il est important d'adopter la loi type de la CNUDCI pour préserver la santé économique de notre pays et conserver le rôle de leadership que nous avons joué par le passé. Par contre, nous croyons que la réciprocité et un traitement juste et équitable pour les créanciers canadiens dans les procédures à l'étranger sont également importants comme moyens de garantir justice et transparence. C'est dans cet esprit que le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de façon à intégrer la loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité dans un contexte international. Il faudrait envisager d'ajouter une disposition de réciprocité et des dispositions propres à assurer la création d'un comité des créanciers, composé de créanciers canadiens, pour protéger les intérêts de ceux-ci. Les frais raisonnables des membres de ce comité seraient à la charge du débiteur étranger, si le tribunal canadien estime la chose acceptable.

E. Administrateurs : obligations et sanctions

Des lois fédérales et provinciales peuvent rendre les administrateurs des sociétés personnellement responsables d'une série de dettes de la société, dont les salaires et les impôts impayés. S'il est vrai qu'ils peuvent le plus souvent invoquer comme défense la diligence raisonnable ou la bonne foi, les administrateurs ont une responsabilité absolue à l'égard de certaines dettes, et aucune défense n'est alors possible. Et même dans les cas précédents, il existe un certain risque.

... s'il y avait moins de risque que leur responsabilité personnelle soit engagée, des personnes compétentes pourraient être plus portées à accepter des postes d'administrateur.

Cette responsabilité risque de dissuader des personnes fort compétentes de devenir des administrateurs de société ou de rester au sein de l'organisation en période de difficulté financière. Dans cette optique, s'il y avait moins de risque que leur responsabilité personnelle soit engagée, des personnes compétentes pourraient être plus portées à accepter des postes d'administrateur. Par contre, on peut se prononcer en faveur d'un plus haut degré de responsabilité personnelle parce que cela inciterait les administrateurs à adopter un comportement hautement responsable pour atténuer les risques.

Un groupe de travail du gouvernement fédéral a étudié la question de la responsabilité des administrateurs et conclu que, bien que ces responsabilités soient devenues plus lourdes dans les années 70 et 80, le marché pouvait tenir compte du problème et que les risques étaient gérables. Selon le groupe de travail, la responsabilité personnelle incite les administrateurs à s'acquitter de leurs fonctions correctement. Comme on l'explique plus loin, le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce s'est intéressé lui aussi à la question de la responsabilité des administrateurs.

En ce qui concerne les sanctions imposées aux administrateurs pour une conduite préjudiciable aux créanciers, certains tribunaux ont récemment alourdi la responsabilité des administrateurs de tenir compte des intérêts des créanciers lorsque leur société devient insolvable. Plus

particulièrement, les administrateurs peuvent être tenus personnellement responsables – dans les circonstances qui le justifient – s'ils ne prennent pas ces intérêts en considération.

En 1970, le *Rapport du Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité* – le rapport Tassé – a recommandé que les administrateurs de sociétés en faillite soient déclarés inhabiles à occuper des postes d'administrateur et que, parfois, ils soient tenus personnellement responsables de l'insuffisance de l'actif de la société. La responsabilité des administrateurs à l'égard des pertes des créanciers figurait dans les projets de loi sur l'insolvabilité proposés à la fin des années 70 et au début des années 80 qui sont restés en plan au *Feuilleton*. En 1986, le *Rapport du Comité consultatif de la faillite et de l'insolvabilité* – le rapport Colter – a recommandé de modifier la LFI pour prévoir l'inhabilité des administrateurs et leur responsabilité personnelle en cas de « comportement fautif ». Dans les années 90, la discussion a porté sur les « roulements d'actifs », qui se produisent lorsque les actifs d'une société en faillite sont vendus à ses dirigeants, le plus souvent ses administrateurs, parfois à un prix relativement faible. Les dirigeants peuvent relancer les activités au moyen d'actifs bon marché, tandis que les créanciers essuient des pertes.

La responsabilité des administrateurs à l'égard des pertes des créanciers figurait dans les projets de loi sur l'insolvabilité proposés à la fin des années 70 et au début des années 80 qui sont restés en plan au Feuilleton.

Selon M^me^ Sarra, « il faut protéger la bonne foi et la diligence des administrateurs et des dirigeants, mais une extinction globale de toute responsabilité risque de constituer un encouragement *ex ante* à ne pas payer les petits fournisseurs, les travailleurs et les retraités, si la loi ne comporte pas de dispositions qui assurent un équilibre approprié entre ces intérêts ».

MM. Ziegel et Telfer appuient l'idée d'une disposition uniforme dans la LFI en matière de responsabilité des administrateurs de sociétés insolvables à l'égard des salaires impayés. Ils ont signalé qu'un certain nombre de lois sur les

sociétés commerciales comprenaient des dispositions sur la responsabilité des administrateurs à l'égard des salaires impayés et souligné le peu d'uniformité entre ces dispositions, certaines prévoyant une responsabilité absolue, tandis que d'autres permettent la défense fondée sur la diligence raisonnable.

À propos de la responsabilité personnelle des administrateurs, le Groupe de travail conjoint a dit au Comité que « les administrateurs indépendants devraient être soulagés de la responsabilité personnelle à l'égard des obligations découlant de la période précédant immédiatement le dépôt de la requête. Le plus souvent, les administrateurs indépendants ont peu de contrôle, voire aucun, à l'égard de ces obligations. Il ne convient donc pas de les tenir personnellement responsables de ces montants, pourvu que le débiteur présente une requête en réorganisation ou en faillite avant qu'il n'y ait des arriérés importants. »

Le Groupe de travail conjoint a ajouté que « dans l'exercice de leurs fonctions, au cours d'une réorganisation, les administrateurs et dirigeants du débiteur et les administrateurs en insolvabilité compétents devraient tenir compte de la priorité des créances de valeurs et de priorités différentes, étant donné l'incertitude considérable au sujet des valeurs de l'entreprise et des actifs du débiteur ». Il croit que, en agissant de la sorte, on « renforcerait la tendance de la jurisprudence canadienne à reconnaître que, en cas d'insolvabilité, les devoirs de fiduciaires des dirigeants et administrateurs comprennent l'obligation de tenir compte des intérêts supérieurs des créanciers et des actionnaires ».

... le Comité a recommandé dans des études antérieures des mesures visant à limiter la portée des responsabilités des administrateurs et des insolvabilités.

Comme on le signale plus haut, le Comité a recommandé dans des études antérieures des mesures visant à limiter la portée des responsabilités des administrateurs et des insolvabilités. Notre rapport de 1996, *La régie des sociétés* préconisait l'adoption, dans la LFI, de dispositions sur la

responsabilité des administrateurs à l'égard des salaires, assorties d'une défense fondée sur la diligence raisonnable. En outre, dans notre rapport de 1997 sur le projet de loi C-5, nous avons recommandé de prévoir dans la LFI une défense d'application générale fondée sur la diligence raisonnable, en ce qui concerne la responsabilité personnelle des administrateurs. Nous sommes toujours en faveur de cette modification, et nous croyons qu'il s'agit au fond d'une question d'équité et de responsabilité. Nous espérons également que semblable changement puisse avoir comme conséquence souhaitable une augmentation du nombre de personnes compétentes intéressées par les postes d'administrateur, étant donné que, dans notre rapport de juin 2003, *Après « La tempête du siècle » : Rétablir la confiance des investisseurs*, nous avons exprimé des préoccupations au sujet du nombre limité de personnes pouvant devenir administrateurs au Canada. C'est pourquoi le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de façon à prévoir une défense d'application générale fondée sur la diligence raisonnable contre la responsabilité personnelle des administrateurs.

F. Transferts à une valeur sous-estimée et préférences

Les dispositions législatives canadiennes visant les préférences – lorsqu'un débiteur insolvable paie un ou plusieurs de ses créanciers, mais non les autres – demeurent à peu près inchangées depuis la *Loi sur la faillite* de 1919. Les dispositions provinciales sur les assignations, les préférences et les cessions existent pour leur part depuis la Confédération. En 1967, une nouvelle notion est venue s'ajouter à la *Loi sur la faillite*, celle de transaction révisable. Les transactions révisables sont des transactions entre des parties non indépendantes dans lesquelles le débiteur donne ou reçoit, selon le cas, des biens en contrepartie à une valeur nettement supérieure ou inférieure à la valeur marchande. De la sorte, un avantage financier est effectivement conféré à l'autre partie à la transaction, au détriment du débiteur et de ses autres créanciers.

Ces transactions, qui peuvent se faire lorsque le débiteur est insolvable ou le devient du fait de la transaction, sont abordées dans la loi parce qu'elles ont pour effet de réduire les liquidités ou les biens à répartir entre les autres créanciers. Les points suivants suscitent des préoccupations : les difficultés qu'on peut éprouver dans l'application des mesures découlant des transactions révisables qui diminuent l'actif du débiteur; l'incertitude au sujet des transactions qui peuvent être considérées comme interdites ou non; le caractère restreint des dispositions, les mesures législatives fédérales étant complétées par celles des provinces et des territoires.

Les dispositions fédérales actuelles sont axées sur la fraude et l'intention, qui sont difficiles à prouver.

Plus particulièrement, les provinces et les territoires ont des dispositions législatives sur les cessions, préférences et transferts qui portent sur les transactions ou transferts sans contrepartie ou à un prix inférieur à la valeur réelle. L'application de ces mesures ne se limite cependant pas aux situations d'insolvabilité. Les dispositions fédérales actuelles sont axées sur la fraude et l'intention, qui sont difficiles à prouver. Certains ont soutenu qu'il conviendrait peut-être

mieux d'examiner le résultat de la transaction, plutôt que l'intention qui la sous-tend. On a rarement recours à la loi fédérale parce qu'il est difficile, long et coûteux de le faire. Les parties sont plus portées à se prévaloir des lois provinciales.

De l'avis de l'Association des banquiers canadiens, il faut améliorer le cadre législatif actuel. Le Groupe de travail conjoint sur la réforme du droit d'insolvabilité des entreprises s'est prononcé en faveur de l'harmonisation de la LACC et la LFI et a préconisé « un code complet de la législation fédérale en matière d'insolvabilité, de sorte qu'il existe une norme nationale pour contester les transactions qui peuvent avoir un effet sur la valeur des créances réalisables. [...] Les dispositions provinciales actuelles sur les transferts, préférences et cessions seraient toujours à la disposition des créanciers en dehors du contexte de l'insolvabilité. »

En ce qui concerne l'intention, le Groupe de travail conjoint a dit au Comité qu'« il existe un certain débat sur l'opportunité de maintenir le critère actuel de la LFI, qui consiste à savoir si la transaction a été faite 'en vue de' procurer une préférence à un créancier, critère qui repose sur une intention subjective. D'autres administrations ont renoncé à cette approche pour évaluer plutôt l'effet de la transaction sur la position des créanciers qui ont des créances à faire valoir dans une faillite. La difficulté, c'est que les transactions faites de bonne foi ne sont pas nécessairement protégées, lorsqu'on applique cette norme fondée sur les effets... »

Le Comité est d'avis qu'il devrait y avoir un système uniforme dans l'ensemble du Canada pour étudier les transactions frauduleuses et révisables dans les situations d'insolvabilité.

Le Comité est d'avis qu'il devrait y avoir un système uniforme dans l'ensemble du Canada pour étudier les transactions frauduleuses et révisables dans les situations d'insolvabilité. Pour l'instant, l'équité, l'uniformité et la prévisibilité laissent à désirer, étant donné la panoplie des dispositions fédérales, provinciales et territoriales régissant les transactions frauduleuses et révisables. Nous estimons qu'une norme nationale s'impose en ce qui concerne les transactions

révisables qui réduisent la valeur des actifs du débiteur insolvable et donc la valeur des créances réalisables. Les dispositions provinciales et territoriales seraient maintenues pour les transactions qui ne relèvent pas du contexte de l'insolvabilité. Un système national d'examen de ces transactions assurerait l'équité et la prévisibilité que nous souhaitons dans notre système d'insolvabilité. Dans cette optique, le Comité recommande donc :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soient modifiées de manière à uniformiser et à simplifier les règles régissant la contestation des préférences frauduleuses, des cessions à une valeur sous-estimée et des autres transactions révisables. Le syndic ou l'observateur intervenant dans le cadre d'une proposition devrait avoir les mêmes pouvoirs qu'un syndic chargé d'une faillite. Les lois devraient prévoir une norme concernant la contestation des transactions qui peuvent avoir des conséquences pour la valeur des créances réalisables.

G. Faillite de maisons de courtage

En 1997, des dispositions ont été ajoutées à la LFI pour prévoir un régime de faillite dans le cas des maisons de courtage. Bien qu'une maison de courtage détienne en fiducie des titres et de l'argent pour ses clients, qui en sont les propriétaires, les dispositions de la LFI disent que seulement les « valeurs mobilières immatriculées » doivent être remises aux clients qui en sont propriétaires; presque tous les titres et tout l'argent détenus par le failli sont regroupés et répartis au pro rata entre les clients.

Depuis l'entrée en vigueur de ces dispositions, un certain nombre de maisons de courtage ont mis en lumière des moyens d'améliorer les dispositions de la LFI. Plus particulièrement, des problèmes ont surgi au sujet des fonds communs de placement détenus dans les comptes de régime enregistré d'épargne-retraite, et on s'est demandé si le syndic devrait être autorisé à liquider une grande quantité de titres de très faible valeur et à répartir le produit de la vente au lieu des titres.

L'Association des banquiers canadiens s'est prononcée en faveur de modifications de forme qui faciliteraient une répartition efficace des actifs, lorsqu'une maison de courtage devient insolvable.

Le Comité est conscient que les dispositions de la LFI visant la faillite des maisons de courtage sont relativement récentes et que des problèmes ont surgi dans leur application. En un sens, cette issue est normale, car il est rare que, dans une loi – et à plus forte raison dans un nouveau champ d'application –, on puisse prévoir toutes les circonstances et toutes les conséquences non recherchées. À notre avis, l'efficience et l'efficacité exigent que des modifications soient apportées à la LFI pour résoudre tous les problèmes que les parties intéressées ont relevés depuis 1997 dans les faillites de maisons de courtage. Le Comité recommande donc :

... il est rare que, dans une loi – et à plus forte raison dans un nouveau champ d'application –, on puisse prévoir toutes les circonstances et toutes les conséquences non recherchées.

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de façon à préciser la définition de « capitaux nets »; le statut de l'argent dans les comptes des maisons de courtage en faillite; le fait que la partie XII de la Loi s'applique aux transactions électroniques.

H. Marchés financiers

Lorsqu'il y a réorganisation d'entreprise, la suspension automatique des procédures qui en découle a été interprétée comme s'appliquant aux organismes de réglementation en matière financière comme les commissions des valeurs mobilières ou les bourses. Cela pourrait limiter la capacité de ces organismes d'honorer leurs obligations en matière réglementaire, ce qui peut être particulièrement important lorsqu'il devient plus nécessaire de contrôler ou de surveiller une société insolvable et ainsi de garantir l'intégrité des marchés financiers au Canada. De ce point de vue, il y aurait peut-être lieu de soustraire les organismes de réglementation en matière financière à la suspension des procédures qui découle automatiquement d'une réorganisation.

Lorsqu'il y a réorganisation d'entreprise, la suspension automatique des procédures qui en découle a été interprétée comme s'appliquant aux organismes de réglementation en matière financière comme les commissions des valeurs mobilières ou les bourses.

La Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO) a fait savoir au Comité qu'elle « craint qu'une suspension des procédures prononcée par les tribunaux aux termes de la LACC qui s'étendrait aux poursuites ou procédures des organismes de réglementation ne limite et ne compromette sa capacité de s'acquitter de ses fonctions et de son mandat prévus dans la *Loi sur les valeurs mobilières* pour protéger les investisseurs et favoriser l'intégrité des marchés financiers et la confiance à leur égard en faisant respecter la législation ontarienne en matière de valeurs mobilières ». Elle a signalé que d'autres organismes de réglementation des valeurs mobilières au Canada partageaient ces préoccupations.

La CVMO croit que la disposition actuelle de la LACC entrave les organismes de réglementation des valeurs mobilières dans l'exercice du mandat que la loi leur confie. Plus particulièrement, le mandat de la CVMO consiste à protéger les investisseurs contre les pratiques injustes, irrégulières ou frauduleuses et à favoriser l'équité et l'efficacité sur les marchés financiers et la confiance envers ces marchés. Les investisseurs et les participants des marchés financiers se

fient aux organismes de réglementation des valeurs mobilières pour s'acquitter des responsabilités de cet ordre. Lorsqu'ils sont empêchés de le faire à cause d'une suspension des procédures ordonnée par les tribunaux, la confiance dans le système et l' intégrité de celui-ci sont compromises.

Par conséquent, la CVMO a proposé de modifier la LACC pour soustraire les organismes de réglementation des valeurs mobilières à la suspension des procédures ordonnée par les tribunaux. Selon elle, cette exemption serait analogue aux dispositions dont bénéficient déjà le ministre fédéral des Finances, le surintendant des institutions financières, le gouverneur en conseil et la Société d'assurance-dépôts du Canada.

Le Comité tient aussi à protéger les investisseurs contre les pratiques injustes, irrégulières et frauduleuses.

Le Comité tient aussi à protéger les investisseurs contre les pratiques injustes, irrégulières et frauduleuses. Dans notre rapport de juin 2003, *Après « La tempête du siècle » : Rétablir la confiance des investisseurs*, nous avons formulé des recommandations en vue d'assurer la confiance des investisseurs à l'égard des sociétés cotées en bourse et des marchés financiers, confiance qui est nécessaire à la poursuite de la croissance économique et de la prospérité. Nous croyons également que la modification réclamée par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario contribuerait à renforcer l'efficacité et à rétablir la confiance que nous – et bien d'autres – souhaitons. Le Comité recommande donc :

Que la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soit modifiée de façon à donner aux tribunaux le droit de soustraire les organismes de réglementation du commerce des valeurs mobilières aux suspensions d'instance décidées par les tribunaux dans les cas où deux conditions sont respectées : l'exemption est nécessaire à la protection de tiers; l'exemption n'expose pas les administrateurs ou la haute direction à des pressions et pertes de temps indues.

Le Comité a également entendu des témoignages au sujet d'une autre question concernant les marchés financiers : l'argent électronique et un « intérêt garanti partiel ». D'après van Leeuwen Engineering Limited, un intérêt garanti partiel – ou partagé – permettrait à un certain nombre de créanciers de mettre en commun leur intérêt à l'égard d'un actif et, au fond, de devenir ainsi des créanciers garantis; cela permettrait que de petites dettes soient garanties, ce qui réduirait les mauvaises créances. Des modifications législatives provinciales seraient nécessaires pour établir un intérêt garanti partiel, mais une modification au niveau fédéral s'imposerait pour autoriser l'« argent électronique ». L'organisation a dit que cet accès à l'Association canadienne des paiements devrait être accordé pour que les « entreprises de transactions financières en démarrage (puissent se) brancher pour essayer leur méthodologie. Si elles croissent, elles pourraient éventuellement devenir des banques ou [...] un autre type de structure ». L'idée de « paiement de garantie de paiement conjoint » a également été abordée.

Estimant que cette proposition déborde le cadre de son étude, il ne formule aucune recommandation particulière à son sujet.

Le Comité sait que van Leeuwen Engineering Limited a eu des entretiens avec la Banque du Canada au sujet de cette proposition, et il exhorte l'organisation à poursuivre ces entretiens. Estimant que cette proposition déborde le cadre de son étude, il ne formule aucune recommandation particulière à son sujet.

I. Responsabilité du spécialiste en insolvabilité : nouvel employeur

À l'heure actuelle, les syndics, les séquestres et les autres administrateurs en matière d'insolvabilité peuvent être tenus personnellement responsables, à titre de nouveaux employeurs, de certaines obligations d'un failli ou d'un débiteur insolvable. Alors que la LFI prévoit une certaine protection, tous les administrateurs n'ont pas de protégés par la loi à l'égard de toutes les créances. Plus particulièrement, ces obligations peuvent comprendre les salaires, la paie de vacances, les indemnités de départ et de cessation d'emploi ainsi que les créances en matière de retraite, même si ces obligations sont apparues avant la nomination de l'administrateur. En outre, l'administrateur peut ne pas être au courant de la nature et de l'ampleur de ces obligations lorsqu'il offre ses services.

Si on veut que des personnes compétentes deviennent des administrateurs en matière de faillite, il faut leur garantir une certaine protection contre la responsabilité personnelle à titre d'administrateurs et éviter de les assimiler à de nouveaux employeurs et de les traiter comme tels. En somme, leur protection doit être plus grande que le risque assumé en assurant des services, sans quoi ils ne risquent guère de les assurer.

L'Association des banquiers canadiens estime qu'il faudrait offrir une meilleure protection aux spécialistes en insolvabilité plutôt que de les traiter comme de nouveaux employeurs et elle est en faveur d'une « distinction claire entre la responsabilité personnelle d'un syndic et la responsabilité de l'actif du débiteur… Les syndics ne devraient être tenus personnellement responsables que des créances contractées après leur nomination, et seulement de celles qui sont le produit de leur négligence. »

Le Comité a déjà traité de la protection nécessaire aux administrateurs, en partie pour assurer que des personnes compétentes acceptent d'occuper des postes d'administrateur. De la même manière, nous croyons que les spécialistes en matière de faillite ont besoin de protection contre la responsabilité personnelle, sans quoi on risque de n'avoir personne qui soit disposé à offrir ces services d'importance cruciale. Dans la seule optique de l'équité, il semble raisonnable de s'assurer que les obligations dont ils ont à répondre ne sont pas la conséquence de mesures prises par le débiteur avant leur nomination. C'est pourquoi le Comité recommande :

... nous croyons que les spécialistes en matière de faillite ont besoin de protection contre la responsabilité personnelle, sans quoi on risque de n'avoir personne qui soit disposé à offrir ces services d'importance cruciale.

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de manière à accorder aux contributions aux commissions des accidents de travail le même traitement qu'avant 1997.

J. Contrats exécutoires

… l'existence de ces contrats en situation d'insolvabilité force à se demander dans quelle mesure ces contrats privés, négociés de bonne foi et en tenant compte du risque comme il se doit, devraient être modifiés ou résiliés, dans quelles circonstances et par qui.

Les contrats exécutoires sont des contrats aux termes desquels il reste des éléments à accomplir pour une ou plusieurs parties au contrat. Essentiellement, il s'agit de contrats dont les obligations n'ont pas encore été respectées entièrement. Il peut s'agir par exemple de baux, de droits de propriété intellectuelle et de contrats de travail. L'expression « contrat exécutoire » ne figure ni dans la LFI, ni dans la LACC.

Néanmoins, l'existence de ces contrats en situation d'insolvabilité force à se demander dans quelle mesure ces contrats privés, négociés de bonne foi et en tenant compte du risque comme il se doit, devraient être modifiés ou résiliés, dans quelles circonstances et par qui. La modification ou la résiliation de ces droits contractuels changent les attentes, rendent l'exécution des contrats moins prévisibles et accroissent les risques, ce qui aura des conséquences négatives. En outre, les deux parties au contrat peuvent subir un préjudice, car le maintien d'un contrat peut être dans l'intérêt supérieur des deux parties.

Il existe des dispositions législatives canadiennes dans ce domaine depuis un certain temps. La Loi sur les faillites adoptée en 1949 prévoyait peu de restrictions sur les contrats exécutés; de plus, elle reconnaissait explicitement que les dispositions provinciales pouvaient s'appliquer aux beaux sur des biens immobiliers. Divers projets de loi d'ensemble des années 70 et 80, qui sont d'ailleurs tous restés en plan au Feuilleton, proposaient qu'une personne insolvable qui souhaitait faire une proposition pouvait résilier un contrat exécutoire, et l'autre partie au contrat avait le droit de présenter une réclamation pour dommages-intérêts; la société insolvable pouvait rester en exploitation, mais l'autre partie au contrat résilié n'était pas dans une situation pire que s'il y avait eu faillite.

Les modifications apportées à la LFI en 1992 prévoient que, après le début d'une réorganisation, les créanciers garantis ne peuvent se prévaloir de leur garantie; elles empêchent également de résilier un bail et un accord de licence ou d'interrompre les services publics pour défaut de paiement. Par contre, les débiteurs peuvent résilier les baux portant sur des biens immeubles.

Les témoins ont présenté au Comité des opinions divergentes sur l'opportunité d'autoriser, avec la permission des tribunaux, la résiliation de contrats exécutoires par les spécialistes en insolvabilité ou les parties au contrat. Certains témoins nous ont dit qu'une société engagée dans une réorganisation devrait être autorisée à résilier ces contrats. C'est ce qu'a soutenu par exemple M. Mendelsohn, qui a dit au Comité, à propos de la LACC, que « les entités en cours de réorganisation ont la capacité de résilier des contrats exécutoires [...] sous une supervision judiciaire adéquate ». Après avoir signalé que, aux termes de la LFI, les baux commerciaux portant sur des biens mobiliers sont le seul type de contrat que l'entité en cours de réorganisation peut résilier, il a soutenu qu'un régime cohérent de restructuration devait permettre à l'entité de résilier d'autres contrats exécutoires également. Il nous a informés que, s'il fallait résilier des contrats exécutoires, il fallait les résilier, que la société soit grande ou petite.

M. Mendelsohn a également exprimé l'avis que le syndic de faillite devait pouvoir assigner et transférer des contrats exécutoires à des tiers, notamment des contrats de licence et des baux sur des locaux. Il estime qu'« un syndic de faillite devrait avoir le droit de réaliser, au profit des créanciers, la valeur économique de tous les avoirs, y compris ceux qui ont trait à des contrats exécutoires ».

Le Groupe de travail conjoint sur la réforme du droit d'insolvabilité des entreprises a également parlé de la possibilité de résilier des contrats exécutoires et de les assigner à des tiers. À son avis, « il devrait exister un droit général de

résilier (rejeter) des contrats (y compris des baux sur des biens immobiliers) dans toutes les procédures de faillite et de réorganisation ». Bien qu'il ne croie pas que des organisations insolvables ou le syndic de faillite doivent demander l'approbation des tribunaux pour résilier les contrats existants à la date du début des procédures, le Groupe de travail conjoint a soutenu que « la loi pourrait imposer certaines conditions préalables à l'exercice du pouvoir de résiliation d'application générale ou à l'égard de certains types de contrat ».

En ce qui concerne la capacité d'assigner des contrats exécutoires, le Groupe de travail conjoint a informé le Comité que « les syndics de faillite et les séquestres nommés par le tribunal devraient avoir le pouvoir d'assigner des contrats exécutoires (mais non les contrats financiers admissibles) aussi bien dans le cas de la poursuite des activités que dans celui d'une liquidation », sous réserve de quelques restrictions. Il a ajouté cependant que « les tribunaux devraient pouvoir interdire une assignation si la partie au contrat non en faillite établit que l'assignation proposée ne répond pas de façon substantielle aux critères qui doivent raisonnablement s'appliquer avant de conclure des accords semblables ou que l'assignataire proposé est moins solvable que le failli ne l'était lorsque le contrat exécutoire a été conclu et que des assurances raisonnables de paiement n'ont pas été fournies à l'égard du crédit à accorder à l'assignataire par la partie non en faillite aux termes du contrat exécutoire après l'assignation ».

Toutefois, l'Association des banquiers canadiens a dit au Comité que « les contraintes de la législation au sujet de l'insolvabilité sur les contrats peuvent influer sur le comportement en matière de contrats avant la situation d'insolvabilité et réduire la disponibilité de crédit. La nouvelle économie oblige les sociétés à être innovatrices et dynamiques. Pour financer ces nouvelles entreprises, les financiers doivent pouvoir compter sur les termes négociés de leurs contrats. »

Un cas particulier de contrat exécutoire, la convention collective, a été discuté par plusieurs témoins, dont des représentants du monde syndical. En général, ils sont d'avis que les tribunaux ne devraient pas pouvoir mettre fin en totalité ou en partie à une convention collective. Les Travailleurs canadiens de l'automobile (TCA-Canada) ont dit au Comité que « la LACC n'autorise pas les tribunaux à abroger une convention collective. Et elle ne devrait pas le faire. Pourtant, certains juristes et observateurs estiment que les cours supérieures au Canada ont la 'juridiction inhérente' nécessaire pour rendre une ordonnance en vertu de la LACC afin de suspendre ou d'annuler temporairement une ou plusieurs dispositions d'une convention collective. Nous sommes fondamentalement en désaccord. »

Un cas particulier de contrat exécutoire, la convention collective, a été discuté par plusieurs témoins, dont des représentants du monde syndical.

De l'avis de ce syndicat, « il est incontestable que, si le maintien du statu quo est un objectif central de la LACC, alors les conditions d'emploi définies dans une convention collective au moment d'une ordonnance prise en vertu de la LACC doivent être maintenues, étant entendu que les parties ont le pouvoir de négocier des modifications ». Dans cette optique, TCA-Canada a dit au comité que « la LACC devrait dire clairement que les tribunaux ne peuvent, dans l'exercice de leur 'juridiction inhérente' modifier, annuler ou passer outre les dispositions d'une convention collective sans le consentement de l'employeur et du syndicat en cause ».

Les Métallurgistes unis d'Amérique ont fait part du même point de vue au Comité : « (L)es tribunaux ne devraient pas avoir le droit, sous prétexte qu'il s'agit de la procédure convenue dans la LACC, de s'ingérer dans le fonctionnement des ententes convenues librement par le truchement de la négociation collective et ainsi d'entraver les droits de nombreux travailleurs. [...] les syndicats ont démontré, en période de crise véritable, qu'ils sont capables de faire preuve de sens des responsabilités et d'agir dans l'intérêt supérieur de leurs membres en acceptant d'apporter à la convention les modifications nécessaires pour permettre à l'employeur de

survivre. Ce type de coopération devrait être privilégié plutôt qu'une méthode qui supprime les droits des travailleurs d'un trait de plume et fait fi de la préséance de la négociation collective. »

De plus, le Congrès du travail du Canada a établi une distinction entre les conventions collectives et les autres contrats exécutoires. Il a dit au Comité : « Pas plus que les employés ne sont comme les autres créanciers, les conventions collectives ne sont comme les autres contrats. [...] Les tribunaux de faillite ou ceux qui appliquent la LACC ne devraient avoir aucune compétence à l'égard des conventions collectives. [...] Contrairement aux autres créanciers, les travailleurs ne sont pas en mesure de négocier les conditions en vertu desquelles ils pourraient être créanciers de l'employeur. Contrairement aux créanciers, ils ne sont pas en mesure d'évaluer les risques qu'ils vont devoir assumer. Contrairement aux créanciers, ils ne peuvent garantir les obligations de l'employeur par le truchement d'une créance garantie. Contrairement aux cadres supérieurs de l'entreprise en faillite, ils n'ont pas droit à des indemnités de départ, on ne leur donne pas de parachute doré grâce à l'argent mis de côté dans des comptes en fiducie dès lors protégés en cas de faillite. »

La fédération du travail a également fait savoir au Comité qu'elle n'était pas en faveur de l'annulation des conventions collectives. À son avis, « la société débitrice et le syndicat sont dans la meilleure position pour évaluer les besoins de la société et sont également les parties qui ont le plus d'intérêt à préserver la société comme entreprise en exploitation; elles sont donc les parties à qui il revient d'établir tout changement à apporter à la convention collective. La grande raison qui incite les parties à s'entendre est la menace de la faillite du débiteur, s'ils n'arrivent pas à une entente. [...] Ni les tribunaux, ni l'observateur, ni le séquestre ne devraient avoir le pouvoir d'annuler ou de modifier une convention collective conclue dans un cadre législatif provincial ou fédéral. » Le Congrès du travail du Canada va cependant plus loin et soutient que « la valeur de chaque concession devrait être considérée comme une créance ordinaire qui n'est pas

moins prioritaire dans l'évaluation que n'importe quelle autre créance ordinaire ».

Appuyant le point de vue des syndicats, M^me^ Sara a fait observer que « traiter les conventions collectives comme des contrats exécutoires commerciaux qu'on peut résilier unilatéralement… pose de grands problèmes ».

Sur le plan des droits de propriété intellectuelle, l'Institut de propriété intellectuelle du Canada a exprimé une préférence pour une approche qui limiterait le droit de résiliation aux contrats « non rentables », par opposition aux « contrats exécutoires », car « il y a trop d'incertitude au sujet des types d'accords qui seraient jugés 'exécutoires' ». L'Institut a également fait d'autres propositions de changement.

Par exemple, il a recommandé : que le délai d'exercice du droit de résiliation soit de trois mois; que les tribunaux disposent de la latitude voulue pour maintenir le contrat si la résiliation risque d'occasionner des difficultés excessives pour lesquels on ne peut obtenir de dommages-intérêts; que les tribunaux puissent rendre une ordonnance annulant l'accord et ordonnant le paiement par le syndic de dommages-intérêts pour non-exécution; que les personnes lésées obtiennent le statut de créanciers du failli à la mesure de toute perte attribuable à l'annulation; que, lorsque le failli est un donneur de licence à l'égard de droits de propriété intellectuelle, le preneur de licence ait le droit de choisir, dans le mois suivant la réception de l'avis d'annulation, de conserver la licence. D'autres recommandations ont porté sur les brevets, les marques de commerce et les secrets commerciaux.

De la même façon, M. David Baird, c.r., de Torys LLP, a entretenu le Comité de questions relatives à la propriété intellectuelle et signalé qu'on se demandait déjà depuis quelques années « si un syndic de faillite ou un donneur de licence en faillite ou un débiteur placé sous la protection de la LACC a le droit de répudier des licences délivrées par le failli

ou le débiteur insolvable ». Appuyant une recommandation de l'Institut d'insolvabilité du Canada, il a exprimé l'avis que « la LFI et la LACC devraient être modifiées de façon à protéger un droit à la propriété intellectuelle semblable à celui qui est prévu aux États-Unis ».

L'Union des écrivains du Canada a également formulé des réflexions sur les questions de droit d'auteur, faisant remarquer que la LACC est muette là-dessus et elle s'est demandé dans quelle mesure « la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* s'appliquait moins fréquemment – ou ne s'appliquait pas initialement. [...] ... lorsqu'elle s'applique, la protection qu'elle offre aux écrivains est souvent limitée et souvent trop tardive. Un séquestre ou un syndic de faillite peut déjà avoir cédé les droits ou vendu l'inventaire, court-circuitant la réversion légale des droits, ce qui prive l'auteur de possibles revenus générés par les ventes et nuit aux possibilités futures de réimpression de son oeuvre. » Elle a également recommandé qu'un syndic ne puisse ni transférer ni assigner les droits d'auteur ou quelque intérêt à leur égard, étant donné que la relation entre un écrivain et son éditeur est personnelle; l'écrivain devrait pouvoir prendre des arrangements différents si son éditeur devient insolvable. Enfin, l'Union a signalé qu'on ne disait pas clairement si un accord d'édition était une assignation partielle des droits d'auteur ou un accord de licence dans lequel l'écrivain conservait les droits d'auteur.

... nous exhortons les parties intéressées à mener les discussions voulues pour trouver une solution satisfaisante à tout l'éventail des problèmes que nous a signalés l'Institut de propriété intellectuelle du Canada.

Le Comité croit que diverses questions ne sont pas réglées, concernant l'insolvabilité des donneurs ou preneurs de licence dans le contexte de la propriété intellectuelle, mais le droit de la propriété intellectuelle est un domaine hautement spécialisé, si bien que l'examen limité que nous avons fait de cet aspect particulier de l'insolvabilité ne nous permet pas de formuler des recommandations de changement sérieuses. Néanmoins, nous exhortons les parties intéressées à mener les discussions voulues pour trouver une solution satisfaisante à tout l'éventail des problèmes que nous a signalés l'Institut de propriété intellectuelle du Canada.

De façon plus générale, le Comité est favorable à l'idée d'une résiliation de tous les contrats exécutoires, estimant que la possibilité de prendre cette mesure améliore les chances de réorganisation et donc, en un sens, un nouveau départ pour l'entreprise, sur de nouvelles bases. Toutefois, nous sommes d'avis que les parties aux contrats exécutoires devraient discuter de bonne foi afin de négocier des changements acceptables au contrat qui permettent à la fois d'atteindre leurs objectifs et de maintenir le contrat, fût-ce sous une forme modifiée. Nous sommes fermement convaincus que, dans la plupart des cas, les parties pourront trouver une solution satisfaisante, mais il est probable qu'il arrivera que les parties ne puissent s'entendre, auquel cas les tribunaux devaient permettre la résiliation. Toutefois, la résiliation ne devrait être permise que dans le respect de certaines conditions, dont des efforts de bonne foi en vue de négocier des changements acceptables au contrat et le fait que, sans la résiliation, la restructuration buterait sur de graves difficultés. Croyant que cette approche promet plus d'équité, de prévisibilité et d'efficacité, le Comité recommande :

... le Comité est favorable à l'idée d'une résiliation de tous les contrats exécutoires, estimant que la possibilité de prendre cette mesure améliore les chances de réorganisation et donc, en un sens, un nouveau départ pour l'entreprise, sur de nouvelles bases.

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soient modifiées pour permettre la résiliation des contrats exécutoires qui existent au début des procédures entamées aux termes des deux lois. Cette résiliation devrait valoir pour tous les contrats exécutoires, pourvu que certaines conditions soient respectées. Plus particulièrement, le débiteur devrait être tenu d'établir qu'il est impossible ou très difficile de restructurer l'entreprise sans cette résiliation, l'autre partie au contrat devrait être autorisée à demander des dommages-intérêts à l'égard de la restructuration et le débiteur devrait aussi avoir la charge d'établir que des négociations après le dépôt de la requête ont été menées de bonne foi en vue d'alléger les aspects trop onéreux de la convention collective et que la résiliation est nécessaire à une restructuration viable.

En outre, le Comité est d'avis que les syndics, les séquestres nommés par les tribunaux et les observateurs devraient pouvoir assigner des contrats exécutoires lorsque cela permet de relever la valeur des actifs et donc d'augmenter les montants à répartir entre les créanciers. Il est vrai qu'il n'est pas alors possible à l'autre partie au contrat de choisir son partenaire commercial, mais nous estimons que, si cette nouvelle partie au contrat n'est pas pire, financièrement, elle ne subira pas de préjudice. En outre, l'efficience et l'efficacité – deux principes qui, selon nous, caractérisent notre système d'insolvabilité – s'en trouveraient renforcées. Dans cette optique, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soient modifiées de telle sorte que les syndics, les séquestres nommés par le tribunal et les observateurs puissent, si un jugement les y autorise, céder des contrats exécutoires s'il y a lieu, relativement à l'exploitation ou à la liquidation, pourvu que deux conditions soient respectées : le cessionnaire proposé jouit d'un crédit au moins égal à celui qu'avait le débiteur au moment de la conclusion du contrat; le cessionnaire proposé accepte d'indemniser l'autre partie pour toute perte pécuniaire découlant du défaut de paiement par le débiteur ou de donner l'assurance satisfaisante d'une prompte indemnisation.

K. Cotisations à une commission des accidents du travail

L'indemnisation des accidentés du travail, fondée sur un système qui remonte à 1884, en Allemagne, est une forme d'assurance conçue pour aider les employés qui se blessent au travail ou souffrent d'une maladie professionnelle à recevoir une indemnisation et, idéalement, à retourner au travail. Essentiellement, il s'agit d'un compromis entre l'employeur et les employés. Lorsque des lois en ce sens ont été adoptées dans l'ensemble du Canada, les travailleurs ont renoncé au droit de poursuivre leurs employeurs pour des blessures subies au travail, tandis que les employeurs ont accepté de contribuer à un fond qui, sans égard à la faute, finance les prestations versées en raison de blessures subies au travail ou de maladies professionnelles.

Au Canada, les régimes d'indemnisation des travailleurs veillent généralement à ce que les travailleurs blessés reçoivent : les premiers soins en milieu de travail ou dans l'établissement de santé le plus proche; des prestations pendant qu'ils se remettent de leurs blessures; au besoin, des services de réadaptation pour aider l'employé à retourner au travail ou à reprendre un travail modifié si les circonstances l'exigent.

Avant 1997, la LFI prévoyait que les créances des commissions des accidents du travail avaient la priorité sur les créances ordinaires. Cette priorité a cessé d'exister à l'égard des faillites postérieures à 1997, après quoi ces créances n'étaient garanties que si on enregistrait ou obtenait autrement une sûreté comme peuvent le faire les personnes autres que la Couronne ou une instance d'indemnisation des accidentés du travail. En général, donc, les créances des commissions des accidents du travail sont traitées comme des créances ordinaires depuis 1997.

Avant 1997, la LFI prévoyait que les créances des commissions des accidents du travail avaient la priorité sur les créances ordinaires

L'Association des commissions des accidents du travail du Canada a parlé au Comité du rôle important que l'indemnisation des travailleurs joue « comme composante

essentielle d'un soutien social et économique intégré qui est fondamental pour notre société ». Comme programmes de services et de remplacement du salaire, les régimes d'indemnisation ont assuré en 2001 à quelque 374 000 travailleurs canadiens et à leur famille une série de prestations comprenant le remplacement du salaire, des soins de santé, des services de réadaptation et des prestations aux familles en cas de décès. L'ensemble de ces services et prestations s'est élevé à 6 milliards de dollars.

On a expliqué au Comité que, avant les modifications apportées récemment à la LFI, les contributions aux commissions des accidents du travail étaient considérées comme une fiducie présumée. Depuis 1996, la suppression de ce statut a entraîné des pertes estimées à 175 millions de dollars pour les commissions, car elles sont désormais traitées comme des créances commerciales ordinaires. On nous a dit que, par voie de conséquence, cette perte avait compromis les prestations et services qui, autrement, auraient été assurés aux travailleurs blessés et à leur famille. De l'avis de l'Association, ce statut moins avantageux ne tient pas compte du rôle que l'indemnisation des travailleurs a joué par le passé comme « programme d'assurance public répondant aux besoins économiques et sociaux des travailleurs blessés et de leurs familles ». À son avis, ce rôle est fondamentalement différent de celui des créanciers commerciaux.

Par conséquent, l'Association a recommandé que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de façon à reconnaître les contributions aux commissions des accidents du travail comme des fiducies présumées, ce qui leur donnerait le même rang de priorité, parmi les créanciers garantis, que le Régime de pensions du Canada et le Régime de rentes du Québec et les cotisations à l'assurance-emploi, devant les établissements de crédit et d'autres créanciers garantis. À son avis, le fait de permettre aux commissions des accidents du travail de recouvrer leurs créances dans les cas de faillite n'aurait qu'un effet négligeable sur les coûts du crédit au Canada.

La conséquence de ce changement serait que, dans les faillites, les créances des commissions des accidents du travail auraient la priorité sur celles d'une banque ou d'autres établissements de crédit dans toutes les administrations. L'Association a expliqué au Comité que ce traitement présenterait plusieurs avantages. Tout d'abord, il « (assurerait) la primauté et la durabilité du régime de sécurité sociale et financière ». L'indemnisation des accidentés du travail est, tout comme l'assurance-emploi, le Régime de pensions du Canada et le Régime de rentes du Québec, « fondamentale pour la société canadienne… et doit être protégée contre les pertes de revenus lorsqu'un employeur déclare faillite ». Il s'agit d'un élément clé du programme de sécurité social du Canada et le régime « devrait être reconnu comme un créancier garanti qui est au service de l'intérêt public et non comme n'importe quel créancier commercial ».

Deuxièmement, alors que les lois des provinces et des territoires donnent la priorité aux contributions aux régimes d'indemnisation des travailleurs, dans les faillites, la LFI ne le fait pas. Il y a donc « deux systèmes différents de répartition des actifs du débiteur selon qu'il y a ou non officiellement faillite ». De ce point de vue, si on modifiait la LFI pour accorder la priorité à ces créances, on contribuerait à assurer la cohérence législative dans toutes les administrations et on favoriserait « la certitude dans les relations commerciales ».

Troisièmement, le fait de donner la priorité aux contributions aux régimes d'indemnisation des accidentés du travail concourrait à assurer une « répartition équitable des actifs du débiteur », étant donné que le Régime de pensions du Canada et le Régime de rentes du Québec, l'assurance-emploi et l'indemnisation des accidentés du travail seraient « sur le même pied, comme mesures de sécurité du revenu et fiducies ».

Quatrièmement, si les contributions à l'indemnisation des accidentés du travail retrouvent leur statut d'avant 1997,

on favorisera la « durabilité économique des régimes d'indemnisation ». Il est important que ces régimes puissent se maintenir, étant donné qu'il faut que les contributions demeurent abordables, pour aider les entreprises à limiter leurs coûts de main-d'œuvre et à renforcer leur compétitivité; le fait que ces contributions restent abordables fait également que le Canada est un pays plus attrayant pour les investisseurs. D'après l'Association, puisque les commissions des accidents du travail ne peuvent pas, à l'heure actuelle, recouvrer leurs créances indirectement auprès des sociétés insolvables, les employeurs qui versent des contributions se trouvent à payer pour les faillites. De plus, les « contributions impayées font augmenter les coûts des employeurs qui honorent leurs obligations », puisqu'il faut relever les contributions.

Les commissions des accidents du travail doivent accepter les réclamations des travailleurs blessés, que leurs employeurs aient versé ou non leurs contributions, et il leur est impossible de refuser d'assurer les lieux de travail ou les employeurs qui peuvent entraîner des obligations importantes ou qui ne versent pas leurs contributions.

Enfin, en accordant la priorité aux contributions à l'indemnisation des accidentés du travail, on ferait en sorte que les parties responsables assument les conséquences des mauvaises décisions en matière de crédit. L'Association croit que « la LFI fait reposer la charge des mauvais prêts commerciaux sur les régimes d'indemnisation des travailleurs plutôt que sur les prêteurs, qui devraient l'assumer ». À titre de programmes prévus par voie législative, les régimes d'indemnisation des accidentés du travail ne peuvent choisir leurs clients ni limiter leurs risques. Les commissions des accidents du travail doivent accepter les réclamations des travailleurs blessés, que leurs employeurs aient versé ou non leurs contributions, et il leur est impossible de refuser d'assurer les lieux de travail ou les employeurs qui peuvent entraîner des obligations importantes ou qui ne versent pas leurs contributions. L'Association estime que les banques et les établissements de crédit peuvent, à l'inverse, choisir leurs clients pour gérer le risque.

L'Association a également dit au Comité que le système actuel ne permettait pas à la LFI d'atteindre un de ses objectifs : « … l'un des objectifs de la LFI est la répartition équitable des actifs du débiteur entre les créanciers. Dans la réalité, cependant, le système est injuste envers les travailleurs,

les employeurs et les commissions des accidents du travail, car il permet aux prêteurs de se servir de la LFI pour récupérer les actifs du failli, ce qui va à l'encontre des intérêts des travailleurs, des employeurs et des commissions des accidents du travail. »

Étant donné que l'indemnisation des accidentés du travail est un élément de nos programmes de sécurité sociale, l'Association a soutenu que « du point de vue de la politique d'intérêt public, les régimes d'indemnisation ne devraient pas être pénalisés ni désavantagés dans les procédures de faillite. Il ne faut pas que la stabilité financière des régimes d'indemnisation des travailleurs soit exposée à des risques, et il ne faut pas que la capacité des commissions des accidents du travail d'honorer leurs engagements soit affaiblie du fait des difficultés à recouvrer les contributions. »

On a expliqué au Comité que, par voie de conséquence, la capacité des commissions des accidents du travail de verser des prestations serait accrue et l'indemnisation des travailleurs serait traitée de la même façon que l'assurance-emploi, le Régime de pensions du Canada et le Régime de rentes du Québec, qui, selon l'Association, protègent les salaires de la même façon. Le rétablissement de l'ordre de priorité réduirait les pertes de revenus des commissions, face aux banques à charte, en cas de faillite. La conséquence de ce changement serait que, dans les faillites, les créances des commissions des accidents du travail auraient priorité sur celles des banques ou autres établissements de crédit dans toutes les administrations.

Le Comité convient que l'indemnisation des travailleurs est un élément clé dans un système conçu pour aider les travailleurs et leurs familles en cas de maladie ou de lésion liée au travail, mais il ne peut appuyer la recommandation de l'Association des commissions des accidents du travail du Canada.

Tout en convenant que l'indemnisation des travailleurs fait partie intégrante d'un système conçu pour aider les travailleurs et leurs familles en cas de maladie ou d'accident du travail, le Comité n'a pas pu souscrire aux recommandations de l'Association des commissions des accidents du travail du Canada. À notre avis, il faudrait revenir à la situation d'avant 1997, où les créances de toutes les commissions des accidents du travail avait la priorité sur les créances ordinaires. En outre,

… il importe de signaler qu'une autre recommandation formulée dans le présent rapport intégrerait, si elle était adoptée, les priorités prévues dans la LFI à la LACC …

il importe de signaler qu'une autre recommandation formulée dans le présent rapport intégrerait, si elle était adoptée, les priorités prévues dans la LFI à la LACC; cette modification aurait pour effet d'accorder aux créances concernant les contributions aux commissions des accidents du travail le même traitement aux termes de la LACC qu'aux termes de la LFI. De ce point de vue, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ne soit pas modifiée pour remanier le traitement des cotisations à une commission des accidents du travail.

L. Séquestres provisoires

Aux termes de la LFI, les séquestres sont nommés pour liquider les actifs du débiteur au profit des créanciers garantis. De plus en plus, on a recours à des séquestres provisoires à cette fin. Il existe cependant des préoccupations au sujet de l'ampleur des pouvoirs du séquestre provisoire, des bases juridiques de la portée des ordonnances rendues et des répercussions sur les droits des tiers qui sont touchés, en l'absence de décisions judiciaire établissant la nécessité des liquidations avant le jugement.

Avant 1992, le rôle du séquestre provisoire était celui de « gardien temporaire » des biens du débiteur, et ce séquestre était nommé pour protéger les actifs ou l'intérêt des créanciers, dans l'attente d'une ordonnance de séquestre. Toutefois, à certains endroits, le séquestre provisoire est utilisé d'une façon qui lui permet de prendre possession des actifs du débiteur, d'exploiter son entreprise et, dans certains cas, de vendre des actifs et de répartir le produit entre les créanciers garantis avant le prononcé du jugement. Il arrive donc parfois que les pouvoirs du séquestre provisoire ressemblent fort à ceux d'un syndic ou d'un séquestre nommé par le tribunal; par contre, le séquestre provisoire n'est pas lié aux devoirs et responsabilités d'un syndic ou d'un séquestre.

Avant 1992, le rôle du séquestre provisoire était celui de « gardien temporaire » des biens du débiteur, et ce séquestre était nommé pour protéger les actifs ou l'intérêt des créanciers, dans l'attente d'une ordonnance de séquestre.

L'Association du Barreau canadien a soutenu que le rôle élargi de certains séquestres provisoires n'assure pas de protection au débiteur, aux créanciers ordinaires ni aux tiers qui sont touchés. Selon elle, il faut définir ce rôle plus clairement. En outre, elle croit que, si les séquestres provisoires jouent un rôle analogue à celui des séquestres nommés par les tribunaux, ils doivent avoir les mêmes obligations et être soumis aux mêmes exigences; lorsque les rôles sont analogues, la définition de « séquestre » devrait être modifiée de façon à englober les « séquestres provisoires ».

Selon nous, le terme « provisoire » devrait signifier justement « provisoire ». S'il est nécessaire ou souhaitable d'élargir le rôle du séquestre provisoire, alors il faudrait modifier les lois pour en tenir compte.

Le Comité croit que le rôle des séquestres provisoires a évolué dans le temps et qu'il faut définir clairement leurs rôles, devoirs et obligations. Selon nous, le terme « provisoire » devrait signifier justement « provisoire ». S'il est nécessaire ou souhaitable d'élargir le rôle du séquestre provisoire, alors il faudrait modifier les lois pour en tenir compte. C'est au fond une question d'équité et de prévisibilité, car les séquestres provisoires qui agissent de façon semblable aux syndics ou aux séquestres nommés par les tribunaux devraient avoir non seulement les mêmes pouvoirs, mais aussi les mêmes devoirs et responsabilités. Par conséquent, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de façon à préciser le rôle du séquestre provisoire, la durée de ses fonctions et le sens du terme « provisoire ». En outre, la définition du terme « séquestre » devrait être modifiée de façon à englober les séquestres provisoires lorsqu'ils agissent d'une manière analogue à celle des séquestres nommés par le tribunal.

M. Entreprise en exploitation et vente d'actifs

Pendant une réorganisation, une société insolvable peut profiter de l'occasion pour se départir d'une partie de ses activités et se procurer ainsi des capitaux, éviter une diminution plus importante de valeur ou mieux se concentrer sur les éléments solvables de ses activités. Parfois, on peut en arriver à une solution qui ne fait que des gagnants : les sociétés insolvables peuvent accroître leurs chances de survie, car elles obtiennent des capitaux et peuvent se concentrer sur leurs activités solvables, et les créanciers évitent une plus grave diminution de la valeur de leurs créances. Ces ventes se font en dehors du cours normal des activités de l'organisation. Parfois, la meilleure solution, pour les actionnaires, consiste à vendre l'entreprise dans son entier.

Pendant une réorganisation, une société insolvable peut profiter de l'occasion pour se départir d'une partie de ses activités et se procurer ainsi des capitaux, éviter une diminution plus importante de valeur ou mieux se concentrer sur les éléments solvables de ses activités.

À l'heure actuelle, les tribunaux exercent leur juridiction inhérente en approuvant ces ventes d'actifs. Mais ils le font sans trouver dans la loi d'orientation qui les aide à décider quand et comment ces ventes doivent se faire.

Le Groupe de travail conjoint sur la réforme du droit d'insolvabilité des entreprises a dit au Comité que « dans les faits, les restructurations réussies exigent normalement bien plus que l'obtention de concessions financières des créanciers existants. Il faut habituellement une restructuration des activités et une restructuration financière. [...] Le débiteur peut devoir vendre ou fermer des parties de son entreprise, soit pour obtenir de nouveaux capitaux, soit pour se départir des éléments en difficulté de ses affaires afin de sauver ceux qui sont financièrement saines. [...] Dans certaines situations, les objectifs socio-économiques du système d'insolvabilité peuvent être plus facilement atteints en vendant l'entreprise du débiteur en tant qu'entité en exploitation à un nouveau propriétaire, plutôt qu'en restructurant la personne morale qui est le propriétaire actuel de l'entreprise. »

Le Groupe de travail conjoint a présenté au Comité une liste non exhaustive de lignes directrices qui, selon lui, constitueraient une « orientation substantielle » pour les tribunaux, au sujet des facteurs à considérer pour décider s'il faut approuver la vente de tout ou partie des actifs comme entreprise en exploitation pendant les procédures prévues par la LACC. Il a proposé plus particulièrement que le tribunal essaie de voir si le processus de vente a été mené :

> « *a*) de façon équitable et raisonnable;
>
> *b*) par un administrateur en insolvabilité;
>
> *c*) par un agent principal de restructuration crédible et indépendant relevant d'un comité de restructuration crédible et indépendant du conseil d'administration, avec ou sans la surveillance des tribunaux;
>
> *d*) en consultation avec les principaux créanciers. »

Lorsque le débiteur, au lieu de procéder à une réorganisation aux termes de la LACC, a présenté une proposition en vertu de la LFI, il peut ne pas y avoir d'agent ou de comité chargé de la restructuration. Dans ce cas, on devrait demander aux principaux créanciers leur point de vue et l'obtenir, comme cela est prévu dans les réorganisations aux termes de la LACC, mais en insistant davantage sur leurs opinions.

Le Comité a également été mis au courant des « flips », par lesquels des actionnaires, des administrateurs ou des dirigeants d'une société interviennent dans la vente d'actifs, lorsqu'ils ont des intérêts financiers importants à l'égard de l'acheteur des actifs ou de la transaction de vente. Le Groupe de travail conjoint a signalé que, dans certains cas, une vente de cette nature pouvait être bénéfique, car elle maximise la valeur réalisable pour les créanciers. Il croit néanmoins que ces ventes ne devraient être permises que dans des « circonstances exceptionnelles », à moins qu'il n'y ait « un processus de vente

acceptable, soumis soit à la surveillance des tribunaux ou mené par des personnes qui agissent en toute indépendance par rapport à ces personnes ».

Le Comité croit également qu'il y a des circonstances où tous les intéressés tireraient des avantages si une société insolvable se départait de tout ou partie de ses actifs, soit pour obtenir des capitaux ou éviter des pertes plus graves aux créanciers, soit pour se concentrer sur ses activités solvables. Nous estimons néanmoins que les tribunaux doivent dire leur mot dans l'approbation de ces ventes et qu'ils doivent recevoir un minimum d'indications sur les exigences à satisfaire pendant le processus de vente. Enfin, à notre avis, les ventes d'actifs à des actionnaires, des administrateurs, des agents ou des cadres supérieurs – en totalité ou en partie – ne devraient se faire qu'en des circonstances exceptionnelles, c'est-à-dire, notamment, dans les situations où il peut être établi que la vente serait à l'avantage des créanciers. Convaincu que ces ventes contribueraient à une équité et à une efficience plus grandes, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soient modifiées pour permettre au débiteur, sous réserve de l'approbation préalable du tribunal, de vendre une partie ou la totalité de ses actifs, en dehors du cours normal des affaires, dans le cadre de la réorganisation et sans se conformer aux dispositions législatives sur la vente en bloc. De la même façon, le débiteur devrait pouvoir vendre la totalité ou la quasi-totalité de ses actifs dans le cours normal des affaires. Lorsqu'on lui demande la permission de vendre, le tribunal devrait voir si le processus de vente est mené de façon juste et raisonnable et si les principaux créanciers ont reçu un préavis raisonnable de la vente proposée, dans les circonstances, et s'ils ont eu part dans la décision de vendre. Il ne faudrait permettre aucune vente aux actionnaires dominants, aux administrateurs ou aux dirigeants ou cadres supérieurs du débiteur ayant un intérêt financier appréciable à l'égard de l'acheteur ou de la transaction de vente, sinon dans des circonstances exceptionnelles.

N. Gestion

Dans les procédures pour insolvabilité, surtout les réorganisations aux termes de la LACC et les propositions formulées en vertu de la LFI, tous ceux à qui un pouvoir a été conféré devraient agir de bonne foi, avec compétence et à l'abri de tout conflit d'intérêts.

Dans les procédures pour insolvabilité, surtout les réorganisations aux termes de la LACC et les propositions formulées en vertu de la LFI, tous ceux à qui un pouvoir a été conféré devraient agir de bonne foi, avec compétence et à l'abri de tout conflit d'intérêts. Ils devraient aussi, avec diligence et consciencieusement, s'acquitter de leurs responsabilités. En somme, la bonne gestion doit prévaloir. Dans une certaine mesure, la bonne gestion est assurée grâce aux obligations imposées aux spécialistes en insolvabilité nommés ou approuvés par les tribunaux, y compris les syndics, les séquestres et les observateurs. Et cette gestion est améliorée lorsque les intervenants sont autorisés et que tous les intéressés agissent dans la transparence.

Le Groupe de travail conjoint sur la réforme du droit d'insolvabilité des entreprises a expliqué au Comité qu'« il faut accorder une reconnaissance législative à l'importance d'une bonne gestion des entreprises qui éprouvent des difficultés financières ». Il a également signalé que « la gestion des affaires d'un débiteur insolvable nécessite souvent la recherche d'un compromis entre les intérêts divergents de parties qui ont des créances d'une valeur et d'un degré de priorité différents, face à une incertitude considérable au sujet des valeurs de l'entreprise et des actifs du débiteur ». Il croit qu'« il y a des situations où les tribunaux devraient avoir la possibilité de modifier la gestion du débiteur, notamment en remplaçant la totalité ou une partie des administrateurs ou en nommant une partie compétente ayant une certaine autorité pour gérer les activités du débiteur ».

L'Association du Barreau canadien s'est prononcée en faveur de l'indépendance des spécialistes en insolvabilité. Elle a recommandé l'adoption d'une « norme générale d'indépendance des représentants en insolvabilité ».

Le Comité s'intéresse depuis longtemps à la bonne gestion, il a publié un certain nombre de rapports portant sur les principes d'une bonne gestion, notamment son rapport de 1996, *La régie des sociétés*, et notre rapport de 2003 *Après « La tempête du siècle » : Rétablir la confiance des investisseurs.* Dans le contexte actuel, nous croyons que tous les agents des tribunaux qui s'occupent des procédures prévues par la LFI ou la LACC devraient agir d'une manière qui se caractérise par la bonne foi, l'exécution compétente de leurs fonctions et la liberté de tout conflit d'intérêts, réel ou perçu; il faut qu'il y ait divulgation de tout ce qui est susceptible d'être interprété comme un conflit d'intérêts. Un comportement conforme à une norme comme celle-là assurerait l'équité, la prévisibilité et la transparence que nous recherchons et, chez les intéressés, tant canadiens qu'étrangers, il donnera la confiance que notre régime relatif à l'insolvabilité est intègre. En outre, la bonne gestion de l'organisation en cause dans la restructuration est nécessaire, et ses administrateurs doivent soutenir les efforts de restructuration, à défaut de quoi ils devraient être remplacés, et une bonne structure de gestion devrait être mise en place. Pour ces raisons, le Comité recommande :

… la bonne gestion de l'organisation en cause dans la restructuration est nécessaire, et ses administrateurs doivent soutenir les efforts de restructuration …

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soient modifiées pour permettre au tribunal de remplacer une partie ou la totalité des administrateurs du débiteur au moment des propositions ou de la réorganisation, si la structure de gestion nuit à l'élaboration et à la mise en œuvre d'une solution permettant la poursuite de l'exploitation. En outre, avant sa nomination, le syndic ou observateur devrait divulguer au tribunal toute relation commerciale et juridique qu'il a ou a eue avec le débiteur. Le vérificateur ou le plus récent ancien vérificateur du débiteur ne devrait pas être autorisé à devenir l'observateur. En outre, en cas d'échec de la restructuration, il devrait être interdit à l'observateur de devenir le syndic ou le séquestre pour un créancier garanti.

O. Approbation des plans

En général, le recours à la « règle de la majorité » peut faire problème, car elle peut être utilisée de manière abusive par des parties liées ou des parties qui tirent des avantages accessoires des décisions du groupe. Étant donné la possibilité que ce problème surgisse, la LFI et la LACC donnent aux tribunaux la discrétion nécessaire pour rejeter un plan de restructuration ou une proposition, même s'ils ont été approuvés par la majorité des créanciers. Toutefois, les lois ne donnent que des indications très succinctes sur la façon dont les tribunaux doivent exercer cette discrétion.

Tandis que la LFI donne des directives sur la marche à suivre pour faire approuver un plan de restructuration, la LACC est presque totalement muette à ce sujet.

Le Groupe de travail conjoint sur la réforme du droit d'insolvabilité des entreprises a expliqué au Comité que la disposition de la LFI au sujet du vote d'un créancier qui est lié au débiteur devrait être reprise dans la LACC et que les créanciers minoritaires devraient être protégés au moyen d'une exigence de la LFI et de la LACC : « les créanciers minoritaires dissidents ne doivent pas être plus lésés par le plan de réorganisation qu'ils ne le seraient par une liquidation ».

Le Comité croit que, … les tribunaux devraient conserver, aux termes de la LFI et de la LACC, la discrétion

voulue pour rejeter un plan de restructuration même lorsque celui-ci a le soutien de la majorité des créanciers qui votent.

Le Comité croit que, par souci d'équité et de prévisibilité, et compte tenu du fait que les modalités de vote à la majorité peuvent être utilisées de façon abusive, les tribunaux devraient conserver, aux termes de la LFI et de la LACC, la discrétion voulue pour rejeter un plan de restructuration même lorsque celui-ci a le soutien de la majorité des créanciers qui votent. Pour aider les tribunaux à décider s'il y a lieu d'exercer cette discrétion, nous estimons qu'il serait utile d'exiger du syndic ou de l'observateur qu'ils donnent leur opinion et disent si les créanciers dissidents risquent de recevoir moins aux termes du plan qu'en cas de liquidation. Nous estimons aussi que, dans certains cas, les perspectives de

réorganisation fructueuse sont améliorées lorsque l'avoir des propriétaires est réorganisé. Pour l'instant, aucune des deux Lois n'autorise les tribunaux à réorganiser le capital-actions. À notre avis, cette lacune limite l'efficacité des réorganisations. Nous croyons que les tribunaux devraient avoir ce pouvoir et devraient pouvoir l'exercer pour réorganiser le capital-actions avec ou sans le consentement des actionnaires, qui pourraient opposer leur veto à un arrangement au détriment des créanciers. Pour ces raisons et au nom d'une équité, d'une prévisibilité et d'une efficacité plus grandes, le Comité recommande :

Pour l'instant, aucune des deux Lois n'autorise les tribunaux à réorganiser le capital-actions.

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soient modifiées de façon à exiger que le syndic ou l'observateur, relativement à une demande d'approbation judiciaire d'un plan de réorganisation, donnent au tribunal une opinion selon laquelle, collectivement, les créanciers garantis et les créanciers non garantis ne recevront probablement pas moins, grâce au plan, que ce que la liquidation leur aurait assuré. En outre, le paragraphe 54(3) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* concernant les créanciers liés devrait être repris dans la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Enfin, les lois devraient être modifiées de façon à donner au tribunal qui approuve un plan de réorganisation le pouvoir d'approuver une restructuration de l'avoir du débiteur, avec ou sans l'approbation des actionnaires.

P. Priorités

… dans les situations d'insolvabilité, il n'y a par définition pas assez d'actifs réalisables pour honorer toutes les créances …

La LFI prévoit un ordre de priorité dans la répartition du produit de la réalisation des actifs du débiteur. Le plan de répartition, qui reconnaît implicitement que, dans les situations d'insolvabilité, il n'y a par définition pas assez d'actifs réalisables pour honorer toutes les créances, prévoit que – sous réserve des créances des créanciers garantis – certains autres groupes de créanciers, comme les employés, les municipalités et les propriétaires ont la priorité sur les autres créanciers ordinaires dans répartition du produit de la liquidation des actifs du débiteur, sous réserve de certaines limites.

Les priorités prévues dans la LFI ne s'appliquent pas aux procédures de la LACC ni à la mise sous séquestre. En outre, des lois provinciales et territoriales ont créé des sûretés et fiducies présumées qui donnent la priorité à certaines créances, même sur celles de créanciers garantis et, toute façon, sur celles des créanciers ordinaires. La priorité accordée à l'État s'applique dans le cas des procédures appliquées en vertu de la LFI, mais non à celles de la LACC ni aux mises sous séquestres.

À propos des différences dans l'ordre de priorité, le Groupe de travail conjoint sur la réforme du droit d'insolvabilité des entreprises a fait observer que rien ne les justifie. Il préconise l'application des règles de priorité de la LFI dans les procédures aux termes de la LFI et de la LACC et des mises sous séquestre, disant que « les droits relatifs des créanciers ne devraient pas varier selon la nature des procédures ».

Dans un souci d'équité, le Comité croit également que les mêmes règles de priorité devraient régir la répartition du produit de la liquidation des actifs du débiteur, quelle que soit la loi sur l'insolvabilité qui régit les procédures. Pour cette raison, il recommande :

Que la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soit modifiée par l'ajout des règles de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* régissant l'établissement des priorités.

Q. Insolvabilité d'autres entités

Comme instrument de gestion du risque, les fiducies commerciales – ou de revenu – peuvent servir de moyen de financement.

Comme instrument de gestion du risque, les fiducies commerciales – ou de revenu – peuvent servir de moyen de financement. En fait, on a estimé que 86 % des placements initiaux au Canada, en 2002, ont été des participations à des fiducies de revenu. En 2003, plus de 100 fiducies de revenu, ayant une capitalisation dépassant les 45 milliards de dollars, étaient inscrites à la Bourse de Toronto.

Pour donner une explication simpliste, une fiducie vend des participations au public et investit dans une entreprise. Les détenteurs de participations sont les bénéficiaires de la fiducie et les fiduciaires détiennent tout ou partie du capital de l'entreprise; la majeure partie des fonds est avancée à l'entreprise sous forme de prêt. Les conditions du prêt prévoient souvent que le revenu avant dépenses en intérêts est remis aux fiduciaires comme intérêt. Ce qui réduit le revenu imposable de l'entreprise. À leur tour, les fiduciaires répartissent ces montants entre les détenteurs de participations, et cet argent est imposé comme revenu du détenteur de participation. Du point de vue du détenteur, on peut dire que détenir une participation dans une fiducie de revenu est analogue à détenir une participation au capital d'une entreprise.

Selon le Groupe de travail conjoint sur la réforme du droit d'insolvabilité des entreprises, il faudrait modifier la LFI pour préciser que les fiducies utilisées comme moyen de financement peuvent être liquidées aux termes de la LFI, mais qu'elles ne peuvent faire l'objet d'une réorganisation.

M. Leonard a expliqué au Comité que le problème des fiducies de revenu, du point de vue d'une faillite ou d'une réorganisation, est que leur structure est telle qu'il n'est pas évident qu'elles soient visées par la LFI ou la LACC. Ce qu'il propose, c'est de modifier les deux lois pour que ces fiducies, qui deviennent très importantes au Canada sur le plan

commercial, puissent faire l'objet d'une réorganisation, tout comme les sociétés ordinaires, si elles éprouvent des difficultés financières… Il préconise comme définition de « fiducie commerciale » une fiducie dans laquelle des intérêts sont acquis en échange d'une contrepartie, pour qu'il soit clair qu'il s'agit de transactions commerciales et non de transactions familiales ou de bienfaisance.

Le Comité est conscient que les fiducies commerciales jouissent d'une popularité croissante et servent à financier un large éventail d'entreprises commerciales : immobilier, services publics, transport, production de glace, impression de chèques, courtage en douane, transformation de fruits de mer, ressources naturelles, etc. De toute évidence, elles sont en train de devenir un outil dans lequel les investisseurs ont confiance à une époque où l'Amérique du Nord vient d'être le témoin d'un certain nombre de scandales dans les sociétés commerciales. Comme ces fiducies n'accumulent pas de bénéfices non répartis et ne réinvestissent pas dans des biens d'équipement, elles sont peut-être plus vulnérables aux ralentissements. Toutefois, les fiducies ne sont ni des personnes, ni des sociétés. Par conséquent, elles ne sont visées ni par la LFI, ni par la LACC. Nous estimons que, étant donné leur structure et leur importance comme mécanisme de financement pour les entreprises, elles devraient être assujetties aux lois en matière d'insolvabilité.

Nous estimons que, étant donné leur structure et leur importance comme mécanisme de financement pour les entreprises, elles devraient être assujetties aux lois en matière d'insolvabilité.

Bien que le Groupe de travail conjoint ait limité ses recommandations à l'autorisation de liquider les fiducies aux termes de la LFI, le Comité estime qu'il peut arriver qu'une réorganisation en vertu de la LFI ou de la LACC soit plus avantageuse que la liquidation. Pour ces raisons, et pour tenir compte de la contribution des fiducies commerciales au fonctionnement efficace des entreprises canadiennes, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soient modifiées de façon à permettre la liquidation ou la réorganisation de fiducies commerciales.

R. Impôt sur le revenu

Dans certaines situations, les débiteurs insolvables peuvent convertir leurs dettes en « actions privilégiées de renflouement », qui font l'objet d'un traitement spécial aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais dont la création est relativement coûteuse. Plus particulièrement, les revenus reçus par le détenteur sur ces actions ont droit à un traitement fiscal favorable, car ils sont traités comme des revenus en dividendes plutôt que comme des revenus en intérêts.. Ce traitement donne un moyen relativement peu coûteux de financer une restructuration.

À l'heure actuelle, la conversion de dettes en participation au capital peut parfois entraîner une remise de dette, et les répercussions financières des règles sur les remises de dette peuvent en réalité entraver la réorganisation.

À l'heure actuelle, la conversion de dettes en participation au capital peut parfois entraîner une remise de dette, et les répercussions financières des règles sur les remises de dette peuvent en réalité entraver la réorganisation. Par conséquent, un débiteur insolvable pourrait vendre des actifs au lieu de se réorganiser. De plus, les détenteurs de ces actions privilégiées de renflouement exigent fréquemment une décision fiscale favorable avant d'accepter ce traitement, et les délais dans l'obtention de ces décisions sont incompatibles avec la célérité que nécessitent les réorganisations.

Le Groupe de travail conjoint sur la réforme du droit d'insolvabilité des entreprises a proposé au Comité qu'« un créancier et un débiteur insolvable puissent choisir de traiter un prêt comme si des actions privilégiées de renflouement avaient été émises ». Selon lui, ce changement « tend à assurer l'équité et l'efficacité dans l'application de l'actuelle politique fiscale et n'exigerait aucune modification des exigences de cette politique [ou de la Loi de l'impôt sur le revenu] pour qu'il y ait admissibilité aux avantages fiscaux consentis pour les actions privilégiées de renflouement. Le choix vise plutôt à faciliter le recours à ce type d'action. Au lieu d'exiger un ensemble complexe de transactions pour convertir la dette en actions privilégiées de renflouement, les parties pourraient simplement déposer un avis de décision. » Par conséquent, les

coûts seraient réduits, tout comme les délais nécessaires pour prendre et rendre des décisions; ce moyen de financer une restructuration en deviendrait plus accessible.

Le Groupe de travail conjoint a ajouté que « la politique fiscale doit être neutre, en ce qui concerne le choix entre une restructuration de société débitrice et l'acquisition des actifs par une nouvelle société, de sorte que le même traitement fiscal s'applique dans un cas comme dans l'autre. » Selon lui, le débiteur devrait pouvoir choisir d'utiliser une comptabilité « nouveau départ » aux fins de l'impôt, comme s'il s'agissait d'un nouveau contribuable à partir du moment où le plan de restructuration est approuvé et en vigueur.

Le Comité estime qu'il faut ramener au minimum les coûts de restructuration, autant que possible, pour inciter les sociétés insolvables à se réorganiser au lieu de faire faillite, si cela est dans l'intérêt supérieur des parties intéressées.

Le Comité estime qu'il faut ramener au minimum les coûts de restructuration, autant que possible, pour inciter les sociétés insolvables à se réorganiser au lieu de faire faillite, si cela est dans l'intérêt supérieur des parties intéressées. Nous croyons que de permettre un choix qui ferait en sorte qu'un prêt puisse être traité comme des actions privilégiées de renflouement favoriserait l'efficacité du régime d'insolvabilité. En outre, il y aurait plus d'équité et d'efficacité, selon nous, si le débiteur, à l'application d'un plan d'arrangement, pouvait utiliser une comptabilité « nouveau départ » aux fins de l'impôt. Nous croyons que ces deux changements favoriseraient la réorganisation plutôt que la faillite, lorsque cela est préférable pour les parties intéressées. Pour ces raisons, le Comité recommande :

Que la *Loi de l'impôt sur le revenu* soit modifiée pour que le traitement fiscal des actions privilégiées de renflouement puisse être accordé aux dettes admissibles, pendant une période définie, sur dépôt d'un avis de décision auprès de l'Agence des douanes et du revenu du Canada. En outre, sur exécution d'un plan d'arrangement, un débiteur devrait pouvoir choisir d'utiliser une comptabilité « nouveau départ » aux fins de l'impôt, où les obligations fiscales afférentes à la période antérieure à la date de la faillite sont considérées comme des créances antérieures au dépôt de la requête.

S. Subordination des créances en titres participatifs

La législation américaine en matière d'insolvabilité a créé la notion de « subordination des créances en titres participatifs ». Ces créances sont celles qui ne reposent pas sur la fourniture de biens, de services ou de crédit à une société, mais plutôt sur une irrégularité avérée ou alléguée commise par l'émetteur d'un titre de participation au capital d'une société. Sur le plan théorique, ce type de créance s'apparente davantage à la perte subie par un créancier qui détient des actions ou d'autres titres participatifs émis par une société, plutôt qu'aux créances des fournisseurs. Dans la législation américaine, ces créances sont subordonnées à celles des fournisseurs au sens classique.

La législation canadienne sur l'insolvabilité ne subordonne pas les réclamations des actionnaires ou les réclamations de dommages-intérêts.

La législation canadienne sur l'insolvabilité ne subordonne pas les réclamations des actionnaires ou les réclamations de dommages-intérêts. On croit que ce traitement a eu pour conséquence que des entreprises canadiennes ont préféré se réorganiser aux États-Unis plutôt qu'au Canada.

Par exemple, M. Kent a dit au Comité que, si des gens présentent au Canada des réclamations à titre d'actionnaires parce qu'ils disent avoir été trompés sur le marché, rien ne permet de répondre à leur démarche. Ils n'ont d'autre choix que de présenter leur demande aux États-Unis, où il existe des dispositions permettant de traiter des réclamations de façon sensée, équitable et raisonnable. Au Canada, nous n'avons aucun mécanisme. On se retrouve ainsi dans des situations où il est difficile de réorganiser une entreprise canadienne aux termes des lois canadiennes, parce que nos lois ne traitent généralement pas des réclamations des actionnaires.

Le témoin a cependant précisé que les réclamations des actionnaires pouvaient être entendues en vertu de lois particulières sur les sociétés. Il a parlé notamment de la *Loi*

canadienne sur les sociétés par actions et de certaines lois provinciales et il a exprimé l'opinion que cela devenait une loterie, car tout dépendait du lieu où la société était constituée, de l'existence ou non de dispositions pour entendre certaines de ces réclamations. Bref, selon lui, le système sème la confusion.

Le Groupe de travail conjoint sur la réforme du droit d'insolvabilité des entreprises a présenté au Comité une proposition voulant que toutes les réclamations découlant d'un titre participatif (ou liées à ce type d'instrument) soient traitées comme des créances liées à la participation au capital. En conséquence, « toutes les réclamations [liées à la participation au capital] faites contre un débiteur… y compris celles qui portent sur le versement de dividendes, le rachat d'actions et le versement de dommages-intérêts (y compris les réclamations relatives aux fraudes en valeurs mobilières) doivent être traitées comme des réclamations liées à la participation au capital subordonnées à toutes les autres créances garanties et ordinaires contre le débiteur… » Il est également proposé que ces réclamations puissent être éteintes, à la discrétion des tribunaux, dans le cadre de l'approbation d'un plan de réorganisation.

Étant donné les scandales survenus récemment en Amérique du Nord dans les sociétés commerciales, le Comité croit que la législation sur l'insolvabilité doit traiter de la question des réclamations liées à la participation au capital.

Étant donné les scandales survenus récemment en Amérique du Nord dans les sociétés commerciales, le Comité croit que la législation sur l'insolvabilité doit traiter de la question des réclamations liées à la participation au capital. À notre avis, la loi doit reconnaître les faits dans les procédures pour insolvabilité : comme les détenteurs de titres participatifs ont nécessairement accepté – en optant pour une participation plutôt que des titres de dette que leurs créances aient un ordre de priorité inférieur à celui des créances pour dette, ils doivent se tenir à l'écart dans les procédures de faillite. Par conséquent, leurs créances doivent être subordonnées à celles des créanciers garantis et ordinaires, et la loi – au nom de l'équité et de la prévisibilité – doit traduire à la fois cet ordre de priorité inférieur pour les détenteurs de titres participatifs et le principe voulant qu'ils ne participent à la restructuration et ne récupèrent quoi que ce soit qu'après que tous les autres créanciers ont été intégralement remboursés. C'est dans cette optique que le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de façon que la réclamation d'un acheteur ou vendeur de titres participatifs qui demande des dommages-intérêts ou une annulation de transaction soit subordonnée aux créances des créanciers ordinaires. En outre, ces créanciers ne devraient pas avoir part au produit d'une restructuration ou d'une faillite tant que les autres créanciers du débiteur n'ont pas été entièrement payés.

T. Tribunaux administratifs et suspension des procédures

À l'heure actuelle, la LACC donne aux tribunaux supérieurs des provinces et des territoires le pouvoir de suspendre « toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie » lorsqu'une société insolvable fait l'objet d'une ordonnance en vertu de la LACC.

À l'heure actuelle, la LACC donne aux tribunaux supérieurs des provinces et des territoires le pouvoir de suspendre « toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie » lorsqu'une société insolvable fait l'objet d'une ordonnance en vertu de la LACC. En conséquence, certains tribunaux ont rendu des ordonnances de suspension des procédures à l'égard de tribunaux administratifs, auxquels on a recours pour régler des différends en matière de relations de travail, de droits de la personne, d'environnement, d'énergie, de transport, de communications, de valeurs mobilières, de justice, etc.

Il est vrai que la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario a témoigné devant le Comité, mais la plupart de nos témoins se sont intéressés aux tribunaux administratifs dans un seul domaine, celui des relations de travail. Les Travailleurs canadiens de l'automobile ont exposé l'opinion suivante au Comité : « Le terme 'ou' doit être interprété dans le contexte des termes 'action' et 'poursuite', qui désigne tous deux des procédures judiciaires. Le terme 'procédure' ne visait pas à englober des procédures extrajudiciaires comme les questions de grief et d'arbitrage, de plaintes en matière de santé et de sécurité dont les commissions du travail sont saisies, ni les plaintes qui sont portées devant les commissions des droits de la personne. Malheureusement, plusieurs tribunaux ont rendu des ordonnances de portée très vaste, touchant les tribunaux administratifs, qui n'ont qu'une incidence accessoire sur les affaires financières ou commerciales d'une société insolvable ».

Le syndicat a soutenu : « Il importe de bien discerner la raison d'être d'une ordonnance de suspension : maintenir le statu quo entre les créanciers en prévenant toute manœuvre de positionnement entre eux pendant la période de suspension provisoire qui donnerait à un créancier plus agressif un avantage au détriment des autres … et minerait davantage la

situation financière de la société, rendant moins probable le succès d'un éventuel arrangement. [...] Si une ordonnance d'application très large suspend l'étude des différends sur des droits en matière d'emploi, la LACC est utilisée pour placer la société insolvable dans une position meilleure que celle qui était la sienne avant que la Loi ne soit invoquée. [...] La Loi vise à préserver le statu quo, non à mettre la société insolvable dans une position plus avantageuse, la plaçant en somme au-dessus des lois. »

De l'avis des Travailleurs canadiens de l'automobile, il faudrait préciser la LACC pour soustraire à l'application de la suspension toutes les procédures liées à l'emploi dont des tribunaux administratifs non judiciaires sont saisis. Le syndicat a expliqué au Comité qu'« un processus efficace de grief et d'arbitrage est essentiel si on veut que les problèmes courants en milieu de travail se règlent avec un minimum de perturbations. [...] Les griefs portent couramment sur des questions monétaires et non monétaires, dont, par exemple, les questions de santé et de sécurité, les plaintes pour harcèlement sexuel ou discrimination et les réparations pour les employés qui ont fait injustement l'objet de mesures disciplinaires ou qui ont perdu injustement leur emploi. [...] Les réparations accordées par le processus de grief et d'arbitrage ne sont pas de la nature d'une dette ou d'une obligation antérieure au dépôt de la requête qui pourrait être compromise aux termes de la LACC. » Le syndicat estime que rien ne justifie l'élimination du recours au processus d'arbitrage des griefs tandis que les employés continuent de travailler pour une entreprise en voie de réorganisation.

Selon le Comité, les tribunaux tranchent un certain nombre de questions qui sont importantes pour les Canadiens. S'il est vrai que les employés eux-mêmes sont probablement les principaux bénéficiaires des décisions dans certaines questions de relations de travail, la société en profite, de façon générale, grâce à l'existence de tribunaux des droits de la personne qui assurent la protection que notre pays souhaite contre la discrimination. De plus, les tribunaux administratifs

Nous croyons que la suspension des procédures accordée aux termes de la LACC ne devrait pas s'appliquer aux activités des tribunaux administratifs, car un grand nombre de leurs décisions sont prises dans des domaines qui relèvent nettement de l'intérêt public.

tranchent des questions dans un certain nombre d'autres domaines qui comportent un élément d'intérêt public, y compris des différends liés à l'environnement, à la justice et aux valeurs mobilières, entre autres choses. Nous croyons que la suspension des procédures accordée aux termes de la LACC ne devrait pas s'appliquer aux activités des tribunaux administratifs, car un grand nombre de leurs décisions sont prises dans des domaines qui relèvent nettement de l'intérêt public.

Les tribunaux et les observateurs ont justifié la suspension des procédures devant les tribunaux administratifs en affirmant que l'énergie et l'attention des administrateurs et des hauts dirigeants qui se livrent à une réorganisation doivent être consacrées à peu près entièrement à la réorganisation, au lieu d'être détournées par les procédures des tribunaux administratifs. Comme dans d'autres domaines, cependant, il faut rechercher un juste équilibre entre l'importance fondamentale d'un large éventail de procédures administratives dans notre contexte actuel et la nécessité que les administrateurs et les hauts dirigeants se consacrent à une réorganisation fructueuse.

Permettre la poursuite des activités des tribunaux administratifs soutiendrait les principes fondamentaux de l'équité et de la prévisibilité que nous souhaitons dans notre système d'insolvabilité, mais nous estimons que les administrateurs et les hauts dirigeants des sociétés engagées dans une réorganisation doivent rester concentrés sur l'objectif d'une réorganisation réussie. Par conséquent, le Comité recommande :

Que la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* soit modifiée de façon à soustraire à l'application des suspensions des procédures, à la discrétion des tribunaux, toutes les procédures entamées devant des tribunaux administratifs non judiciaires. Cette exemption est subordonnée à deux conditions : elle est nécessaire à la protection de tiers et elle n'expose pas les administrateurs et la haute direction à des pressions et pertes de temps indues.

CHAPITRE SIX : TÉMOIGNAGES ET RECOMMANDATIONS SUR LES QUESTIONS D'ORDRE ADMINISTRATIF ET PROCÉDURAL

A. Volume des affaires, accès au processus et financement du Bureau du surintendant des faillites

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* confère au Bureau du surintendant des faillites (BSF) plusieurs attributions. Le BSF supervise l'administration des actifs des faillis, les réorganisations d'entreprises, les propositions concordataires de consommateurs et les mises sous séquestre; il tient des dossiers sur les mesures prises aux termes de la Loi; il reçoit les plaintes émanant des créanciers, des débiteurs et du grand public et fait enquête à leur sujet; et il délivre les licences aux syndics qui administrent l'actif des faillis aux termes de la Loi et supervise leur travail.

Le surintendant administre en outre un fonds de dividendes non réclamés et de fonds non distribués, auquel il n'a pas lui-même accès …

Depuis qu'il a le statut d'organisme de service spécial (1997), le BSF dépend exclusivement des revenus générés par ses activités et a institué divers droits fondés sur le principe de la facturation des utilisateurs : droits de dépôt, prélèvements sur les dividendes payables aux créanciers, droits de licence, frais de recherche dans les registres publics. Le surintendant administre en outre un fonds de dividendes non réclamés et de fonds non distribués, auquel il n'a pas lui-même accès, et qui totalisait 9,3 millions de dollars en août 2003.

Les attributions et pouvoirs du BSF ont été accrus lors des révisions de 1992 et de 1997 de la LFI. De plus, le nombre et la complexité des faillites commerciales et des faillites de particuliers ayant aussi augmenté, il devient nécessaire, selon certains, d'assurer des ressources additionnelles au BSF.

Au chapitre de la prévention, on s'interroge sur le financement des programmes et activités.

Par ailleurs, on s'interroge beaucoup sur le rôle des activités de sensibilisation et de prévention dans la réduction des difficultés financières et, partant, des cas d'insolvabilité parmi les particuliers et les entreprises. En effet, pour être efficaces, les mesures d'éducation et de prévention doivent être offertes au bon moment et de la bonne manière. Au chapitre de la prévention, on s'interroge sur le financement des programmes et activités. Il est en outre important d'encourager les études et la recherche, particulièrement mais pas seulement, au niveau universitaire. Le BSF a grandement profité dans le passé des recherches de ce type, mais les budgets sont insuffisants pour financer des recherches sur des sujets de grande envergure, comme les pratiques d'octroi de crédit au Canada et d'autres sujets, qui aideraient grandement le Parlement à déterminer l'orientation et de la portée des modifications futures de la législation canadienne en matière d'insolvabilité.

Le BSF n'a aucune fonction de contrôle ou d'administration relativement à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies.* Toutes les informations sur le nombre croissant des affaires traitées aux termes de la Loi se trouvent dans les dossiers des tribunaux où les demandes d'instance ont été déposées. C'est sans doute pour cette raison qu'il existe peu d'informations sur les affaires traitées aux termes de la Loi. Il est donc pratiquement impossible d'évaluer en connaissance de cause l'efficacité des procédures prévues dans la Loi, la fréquence à laquelle les entreprises se prévalent de la Loi, les caractéristiques de ces entreprises et les conséquences de la Loi sur les sociétés et l'économie canadiennes.

L'impossibilité d'apprécier pleinement le fonctionnement et l'efficacité des actions aux termes de la LACC pourrait avoir des conséquences sérieuses puisqu'une bonne partie des grandes entreprises canadiennes qui éprouvent des difficultés financières se prévalent des solutions qu'offre la Loi. De plus, l'absence de surveillance et de données risque de miner la confiance des prêteurs et des investisseurs, ce qui aurait des conséquences fâcheuses pour l'économie.

Les témoins ont abordé de nombreux sujets, notamment le rôle actuel du BSF et la manière dont il devrait être élargi, l'accès à la procédure supervisée par le BSF, le financement du BSF, le manque de données sur la LACC et sur d'autres sujets en raison de l'absence de fonctions de surveillance du Bureau et l'importance de la recherche et des mesures préventives.

Certains témoins ont fait valoir au Comité leurs vues sur la manière d'élargir le rôle du Bureau du surintendant des faillites. L'Union des consommateurs, par exemple, a recommandé que le BSF institue une procédure exigeant des syndics qu'ils normalisent l'information à communiquer aux créanciers et organise des campagnes de sensibilisation publique sur le crédit, l'endettement et leurs conséquences ou qu'il contribue à la réalisation de telles campagnes. Ce groupe propose aussi la réalisation d'un guide pratique à l'intention des débiteurs – qui contiendrait des informations sur leurs responsabilités et celles des syndics et sur la procédure à suivre – écrit dans une langue facile à comprendre, exempte de termes indûment techniques. D'autres, notamment un certain nombre de professeurs de droit représentés par les professeurs Ziegel et Telfer, prônent la réalisation de travaux de recherche qui permettront aux décisionnaires et aux autres intervenants de prendre des décisions éclairées en pleine connaissance du fonctionnement du système actuel et des répercussions probables des diverses solutions envisagées. Ils estiment que le BSF pourrait jouer un rôle dans la recherche et recommandent en particulier l'établissement d'un budget annuel de recherche sur l'insolvabilité, la création d'un comité consultatif chargé de proposer à Industrie Canada et au surintendant des faillites des sujets de recherches à amorcer dans l'année, l'annonce publique de ces activités pour promouvoir la visibilité et la transparence et la collecte plus organisée de données sur l'insolvabilité, en particulier sur l'insolvabilité chez les particuliers et sur les réorganisations aux termes de la LACC.

… la réalisation de travaux de recherche qui permettront aux décisionnaires et aux autres intervenants de prendre des décisions éclairées en pleine connaissance du fonctionnement du système actuel et des répercussions probables des diverses solutions envisagées.

Les professeurs Ziegel et Telfer prônent eux-aussi un élargissement du rôle du BSF quand ils recommandent de

conférer à celui-ci des fonctions d'administration et de tenue de dossiers à l'égard de la LACC. Pour aider à financer les dépenses associées à ces fonctions, ils proposent un « modeste » prélèvement sur les actifs relevant de la LACC. Ils estiment en outre que le surintendant des faillites devrait avoir un rôle dans les audiences aux termes de la LACC lorsque des groupes concernés importants ne sont pas représentés ou lorsqu'on débat de grands enjeux de la politique publique ou de l'interprétation des mesures législatives. À titre d'exemple, les professeurs Ziegel et Telfer signalent la question de savoir si un tribunal peut forcer le débiteur et les syndicats concernés à rouvrir une convention collective, soustraire un débiteur à l'obligation de remettre les fonds conservés en fiducie pour le compte d'une autre partie et rendre une ordonnance exécutoire visant des parties qui ne sont pas directement concernées par l'affaire jugée.

Au sujet de l'accès à la procédure de faillite, les professeurs Ziegel et Telfer ont parlé au Comité de l'Agence fédérale de syndic en matière d'insolvabilité (AFSI), le mécanisme par lequel le gouvernement fédéral offrait des services d'administration de faillite à prix modique dans les bureaux régionaux du BSF. Cet organisme n'existe plus, mais les professeurs estiment qu'il était utile aux débiteurs à faible revenu.

L'Association des banquiers canadiens a présenté un point de vue différent et ne souscrit pas à la mise en place d'un régime de surveillance à l'égard de la LACC en l'absence d'études complémentaires. En ce qui concerne le financement du BSF, l'Association nous a dit qu'elle était contre toute augmentation des droits d'utilisation comme moyen d'améliorer le financement des activités du BSF. Pour elle, plus les coûts augmentent, moins les créanciers récupèrent d'argent.

L'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation et l'Institut d'insolvabilité du Canada souscrivent aussi à une utilisation plus intensive des

technologies modernes et recommandent qu'on étudie plus à fond les possibilités que présentent les communications électroniques. Pour ces deux organisations, l'accès à l'information par voie électronique contribuerait à la transparence et à l'accessibilité de l'information.

Le Comité estime que le Bureau du surintendant des faillites joue un rôle crucial d'administration et de surveillance à l'égard de la LFI et offre des services de qualité aux parties concernées, malgré les contraintes budgétaires. Son existence et son action dans des domaines comme l'observation de la loi et son apport à la transparence, à la reddition de comptes et à l'intégrité du système contribuent à faire en sorte que tous les Canadiens, les entreprises canadiennes et les investisseurs étrangers bénéficient d'un système de gestion de l'insolvabilité caractérisé par un degré élevé d'intégrité. Nous applaudissons le surintendant des faillites et les membres de son Bureau et les encourageons à continuer de tout faire pour conserver au Canada sa réputation de pays doté d'un des meilleurs systèmes du monde en matière d'insolvabilité.

Le Comité estime que le Bureau du surintendant des faillites joue un rôle crucial d'administration et de surveillance à l'égard de la LFI et offre des services de qualité aux parties concernées, malgré les contraintes budgétaires.

Le Comité a pris bonne note des inquiétudes que suscite le financement du BSF et de l'idée que les contribuables canadiens devraient contribuer au financement de ses activités parce que les efforts déployés par le Bureau au niveau de l'observation et de la surveillance ont des retombées avantageuses sur l'ensemble du pays. Il reste que nous croyons dans les vertus de l'application rigoureuse du principe de l'utilisateur payeur et estimons que les droits doivent être d'un montant suffisant pour permettre au BSF de s'acquitter des responsabilités qui lui sont conférées par la Loi.

Le Comité pense qu'une meilleure exploitation des technologies de pointe et la rationalisation du processus de faillite pour les consommateurs et les entreprises aideront à contenir la hausse des droits, ce qui serait utile, car toute nouvelle augmentation de ces droits risque d'affecter l'accès au processus. À notre avis, l'adoption de nouvelles technologies

doit être une priorité dans notre économie partout où il serait ainsi possible de réaliser des gains sur les plans de l'efficacité, de la rentabilité, de l'accessibilité et de l'équité. Dans ce contexte, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* fasse l'objet d'un examen visant à identifier les possibilités d'amélioration de l'efficacité du système de gestion de l'insolvabilité, notamment par l'adoption de nouvelles technologies.

... le Comité pense que les débiteurs à faible revenu ayant des actifs minimes ont de plus en plus de mal à se prévaloir des services, en dépit du Programme d'accès à la faillite administré par le BSF, utile à certains débiteurs.

Dans son Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies Industrie Canada pose la question suivante : devrait-on redéfinir le concept d'accès universel au régime de la faillite au moyen de nouvelles mesures ou devrait-on plutôt cesser de considérer cet accès comme un droit? Comme les témoins qu'il a entendus, le Comité pense que les débiteurs à faible revenu ayant des actifs minimes ont de plus en plus de mal à se prévaloir des services, en dépit du Programme d'accès à la faillite administré par le BSF, utile à certains débiteurs. Nous pensons que ce programme est important pour actualiser le principe d'universalité d'accès qui sous-tend le système que nous souhaitons et nous applaudissons les syndics qui offrent bénévolement leur temps et leur compétence.

À l'instar de certains témoins, le Comité pense que la recherche, l'éducation et la prévention revêtent une importance critique. Nous sommes particulièrement préoccupés par le manque de données sur la LACC, par l'absence d'un programme de recherche qui permettrait d'identifier les causes des faillites et ainsi contribuerait à l'élaboration de solutions appropriées et par l'importance, pour la prévention, du genre et du moment des programmes d'éducation.

Manifestement, les ressources actuelles du BSF ne permettent pas de financer des mesures dans ces domaines, et le Comité estime qu'on ne doit pas augmenter les droits pour

financer ce type d'activités de recherche, d'éducation et de prévention. Nous pensons plutôt que le compte de dividendes non réclamés et de fonds non distribués administré par le BSF devrait être affecté à ces usages, et servir en particulier à financer un programme de recherche dirigé et supervisé par le BSF. Comme on l'a dit plus haut, ce compte contenait plus de 9,3 millions de dollars à la fin d'août 2003. À notre avis, les dividendes non réclamés et les fonds non distribués après deux ans devraient être affectés à des travaux de recherche et à des programmes d'éducation, lesquels devraient contribuer à l'efficacité, la rentabilité et la responsabilisation. Il reste cependant que ce délai de deux ans n'empêche personne de soumettre une réclamation passé ce délai, et il est entendu que le compte doit en tout temps contenir des ressources suffisantes pour satisfaire ces réclamations. En outre, ces fonds ne doivent pour aucune considération servir à financer les activités du BSF. Pour ces raisons, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de sorte que le surintendant des faillites soit autorisé à financer des programmes de recherche et de sensibilisation à partir du compte où sont versés les dividendes non réclamés et les fonds non distribués. Il pourra utiliser ainsi les sommes qui n'ont pas été réclamées ni distribuées depuis deux ans.

B. Consolidation des lois sur l'insolvabilité

On a parlé de « circonstances historiques » pour expliquer pourquoi le Canada a deux lois sur l'insolvabilité aux termes desquelles les compagnies peuvent se réorganiser. En 1923, les réorganisations aux termes de la LFI étaient réservées aux débiteurs qui étaient carrément en faillite. La LACC a été adoptée dans les années 30 pour venir en aide aux sociétés insolvables mais pas encore en faillite, mais elle a été rarement utilisée durant les cinquante ans qui ont suivi.

Des modifications ont été apportées à la LACC en 1997 pour en rapprocher les dispositions de celles de la LFI, mais on continue de se demander si ces lois sur la réorganisation devraient être combinées, s'il faut se contenter du *statu quo* ou s'il faudrait abroger la LACC. Comme nous l'avons dit au chapitre 3, la LFI est perçue comme aboutissant à des résultats prévisibles et uniformes, en particulier par comparaison avec la LACC. On trouve en revanche que la LACC confère la souplesse voulue dans certaines situations, par exemple dans le cas de grandes entreprises qui cherchent à se restructurer. C'est l'entreprise en difficulté qui choisit la loi dont elle souhaite se prévaloir, sous réserve des plafonds prévus dans la LACC.

Aux termes de la LACC, le tribunal nomme un contrôleur chargé de surveiller la réorganisation, lequel dépose auprès du tribunal des rapports sur l'état des finances de la société insolvable. Ce processus est analogue à celui qui est prévue dans la LFI aux termes de laquelle un syndic dépose des rapports auprès du Bureau du surintendant des faillites. Les lois divergent cependant, car ce sont les tribunaux qui prennent ou approuvent la majorité des décisions aux termes de la LACC tandis que, dans la LFI, les tribunaux n'interviennent que pour entériner une proposition déjà approuvée par les créanciers.

À cause de la souplesse relative et du manque de prévisibilité du processus associé à la LACC, certains créanciers ont l'impression que cette loi les défavorise par rapport aux résultats qu'ils obtiendraient avec la LFI. Cependant, faute de disposer de données sur la procédure afférente à la LACC, il est impossible de confirmer ou d'infirmer cette perception. Pour obtenir des données à ce sujet et sur d'autres questions relatives à la LACC, on pourrait envisager de conférer au BSF un rôle de surveillance et d'administration à l'égard de la LACC et de la LFI, comme certains l'ont suggéré. Une autre solution consiste à instituer un programme de recherche comme nous l'avons recommandé ci-haut. Les deux solutions ne sont d'ailleurs pas mutuellement exclusives.

Les témoins ont fait valoir au Comité toutes sortes d'arguments pour et contre l'intégration des deux lois. L'Association des banquiers canadiens nous a dit que le système actuel (deux lois distinctes) répondait aux besoins respectifs des petites et des grandes organisations. De même, le Groupe de travail conjoint sur la réforme du droit d'insolvabilité des entreprises s'est prononcé en faveur du statu quo , avec la LACC pour les réorganisations de grandes entreprises et la LFI pour les petites sociétés et autres entités. Pour le Groupe de travail, on a obtenu de bons résultats dans l'ensemble avec ces deux systèmes parallèles, conçus pour des types de créanciers différents. Le Groupe de travail a précisé cependant que le statu quo n'empêchait pas d'harmoniser des dispositions données des deux lois et a mentionné en particulier à cet égard les transactions révisables et les exigences de dépôt.

Les témoins ont fait valoir au Comité toutes sortes d'arguments pour et contre l'intégration des deux lois.

Le professeur Keith Yamauchi, de la faculté de droit de l'Université de Calgary, est lui aussi en faveur du statu quo et estime que la procédure souple essentiellement judiciaire prévue dans la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* convient bien aux grandes entités multinationales tandis que les dispositions rigides de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* sont particulièrement bien adaptées aux réorganisations de petites et moyennes entreprises. Selon lui,

ceux qui ont à l'utiliser trouvent que le système fonctionne bien. Il constate que les vastes pouvoirs discrétionnaires conférés aux tribunaux par la LACC n'ont pas donné lieu à des abus, mais ont été utilisés à bon escient pour obtenir des résultats qui auraient été impossibles avec un système rigide axé sur des règles.

Le professeur Janis Sarra de la faculté de droit de l'Université de la Colombie-Britannique a elle aussi fait valoir les avantages que confère la souplesse de la LACC et a dit au Comité que les tribunaux et les parties concernées par la solvabilité des entreprises avaient pu se prévaloir du processus relativement souple prévu dans la LACC pour réussir des restructurations qui représentent le juste milieu entre les divers intérêts en cause. Elle a insisté sur les intérêts des travailleurs et des collectivités et sur l'intérêt public en général.

Le Comité estime que, pour l'essentiel, le système actuel fonctionne bien, ce qui ne veut pas dire qu'on ne peut pas l'améliorer. Il faudrait entre autres peut-être apporter des modifications de manière à assurer la collecte de données sur les dossiers traités aux termes de la LACC et aborder des questions qui sont absentes de la LACC mais couvertes dans la LFI. Les parties concernées connaissent maintenant bien le fonctionnement des deux lois, et une certaine jurisprudence s'est établie. Nous estimons que la LACC doit continuer d'exister pour les sociétés aux prises avec des dettes relativement élevées et que la LFI devrait viser tous les types d'organisations. Cependant, le niveau d'endettement requis pour se prévaloir des dispositions de la LACC devrait être révisé périodiquement. Des raisons historiques ont motivé l'adoption de deux lois différentes, et elles n'ont rien perdu de leur pertinence. La LACC semble relativement efficace pour aider les grandes entreprises à se réorganiser, tandis que la LFI paraît donner de bons résultats dans le cas des petites entreprises.

La LACC semble relativement efficace pour aider les grandes entreprises à se réorganiser, tandis que la LFI paraît donner de bons résultats dans le cas des petites entreprises.

Avant de décider s'il faut recommander le statu quo ou l'intégration des deux lois, le Comité a bien réfléchi aux

principes fondamentaux énoncés dans le chapitre deux. En particulier, nous savons que la souplesse inhérente à la LACC est probablement incompatible avec l'uniformité et la prévisibilité et n'aboutit pas toujours à un résultat juste. Cependant, les compromis sont inévitables, et il importe de trouver le juste milieu. Nous estimons que la souplesse est une qualité essentielle de la LACC, mais nous pressons les parties concernées de respecter dans la mesure du possible les principes de prévisibilité, d'uniformité et d'équité dans les procédures aux termes de la Loi. Pour cette raison, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* demeurent des lois distinctes.

C. Examen des lois sur l'insolvabilité

La LFI comme la LACC prévoient un examen par le Parlement de la manière dont elles sont administrées et appliquées cinq ans après la promulgation des dispositions pertinentes, laquelle remonte à 1997. Bien qu'en retard d'un an, l'examen actuel de ces lois par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce remplit cette obligation.

Les témoins ont dit au Comité que ce qu'il faut, c'est un examen permanent de la législation sur l'insolvabilité. Certes, l'examen actuel des deux lois par le Comité est bien accueilli, mais à leur avis, cet examen doit être effectué régulièrement pour garantir que la législation canadienne sur l'insolvabilité réponde le mieux possible aux besoins des toutes les parties concernées, continue de s'adapter à l'évolution de la conjoncture socio-économique dans une société dynamique et demeure conforme aux lois en la matière dans le reste du monde, mais en particulier à celles de nos principaux partenaires commerciaux, sans pour autant y être identique. M. David Baird, c.r., de Torys LLP, nous a dit que le processus de réforme n'est jamais terminé et qu'il faudra procéder à d'autres réformes de nos lois sur la faillite et l'insolvabilité pour préserver l'efficacité et la rentabilité de la procédure. Par ailleurs, le Groupe de travail conjoint sur la réforme du droit en matière d'insolvabilité est d'avis que, compte tenu de la rapidité remarquable de l'évolution du droit et des usages en matière d'insolvabilité, il serait avisé de continuer à examiner les lois relatives à l'insolvabilité tous les cinq ans afin d'y apporter les améliorations voulues et d'en préserver la pertinence et l'actualité.

L'examen du Comité était limité à la LFI et à la LACC, mais les témoins ont aussi fait état de la nécessité de prévoir un examen parlementaire régulier de deux autres lois sur l'insolvabilité, la Loi sur les liquidations et les restructurations et la Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole.

L'examen du Comité était limité à la LFI et à la LACC, mais les témoins ont aussi fait état de la nécessité de prévoir un examen parlementaire régulier de deux autres lois sur l'insolvabilité, la *Loi sur les liquidations et les restructurations* et la

Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole. En ce qui concerne la première, M. Baird nous a dit que des révisions rendraient la restructuration des institutions financières bien plus efficaces et rentables et permettraient aux consommateurs et aux autres créanciers des institutions financières de récupérer davantage d'argent en cas de faillite. Affirmant que la *Loi sur les liquidations et les restructurations* avait été très négligée et n'avait pas fait l'objet d'un examen en profondeur depuis plus de 100 ans, il a mentionné les recommandations de modification de la Loi formulées par l'Institut d'insolvabilité du Canada et dit que la Loi devrait prévoir un régime complet de restructuration des institutions financières. Pour sa part, l'Association des banquiers canadiens est d'accord pour limiter l'application de la *Loi sur les liquidations et les restructurations* aux institutions financières pour éliminer les doubles emplois, accroître l'efficience et faciliter les efforts d'adaptation de la Loi aux besoins des institutions financières.

La *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* exige du ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire qu'il en revoie le fonctionnement tous les trois ans et qu'il dépose au Parlement un rapport contenant les résultats de cet examen. Cependant, la Loi dit seulement que le Ministre peut consulter des représentants des organisations pertinentes. Pour M. Brian O'Leary, c.r., de Burnet, Duckworth & Palmer LLP, il serait prudent de prévoir un examen quinquennal de la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole,* parallèlement à l'examen de la LFI et de la LACC. Pour ce qui est de la *Loi sur les liquidations et les restructurations,* le Comité estime que, bien que son application soit limitée aux institutions financières, elle constitue elle aussi un pilier important de notre système d'administration de l'insolvabilité et qu'à ce titre elle devrait faire l'objet d'un examen régulier par le Parlement, d'autant plus qu'il y a et continuera sans doute d'y avoir des activités de fusion et d'acquisition dans ce secteur et que nos institutions financières jouent un rôle critique dans la santé et la prospérité d'une économie comme la nôtre. La *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* elle aussi est une mesure législative importante pour un segment particulier de notre économie.

Le secteur agricole est confronté à des problèmes nombreux qui sont parfois la cause de niveaux d'endettement insoutenables pour les agriculteurs. Cette loi doit donc elle aussi être revue régulièrement par le Parlement si l'on veut qu'elle continue de bien répondre aux besoins.

Le Comité est convaincu de l'utilité de prévoir l'examen du fonctionnement et de l'application des lois fédérales dans plusieurs domaines, notamment dans celui de l'insolvabilité. Cependant, compte tenu de notre sujet d'étude et de la nécessité de veiller à ce que le régime canadien de gestion de l'insolvabilité continue de répondre aux besoins changeants des parties concernées au Canada et à l'étranger et soit adapté à l'évolution socio-économique, nous estimons qu'un examen parlementaire régulier de nos quatre lois sur l'insolvabilité s'impose. Une solution consiste à insérer dans les lois en question des dispositions à cet effet. Nous craignons en effet des effets indésirables sur l'économie si notre régime de gestion de l'insolvabilité – qui s'inscrit dans un ensemble de lois qui contribuent à la santé et à la prospérité des Canadiens et de l'économie canadienne - différait beaucoup de celui des autres pays ou était moins efficace. Notre système doit être au moins aussi efficace, rentable et équitable que celui des autres pays. En conséquence, le Comité recommande :

Nous craignons en effet des effets indésirables sur l'économie si notre régime de gestion de l'insolvabilité – qui s'inscrit dans un ensemble de lois qui contribuent à la santé et à la prospérité des Canadiens et de l'économie canadienne - différait beaucoup de celui des autres pays ou était moins efficace.

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, la *Loi sur les liquidations et les restructurations* et la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* soient modifiées pour prévoir le réexamen de chacune par un comité parlementaire au moins une fois tous les cinq ans.

Bien qu'il ne s'agisse pas à strictement parler d'une question relevant de l'examen parlementaire, le Comité aimerait faire un commentaire sur une recommandation soumise par les professeurs Ziegel et Telfer. Ceux-ci proposent en effet la création d'un comité d'experts

indépendants, analogue au Comité Colter de 1984, qui rédigerait des projets de dispositions législatives à l'intention du gouvernement fédéral. Durant toute notre étude, nous sommes partis du principe que toute modification des lois canadiennes sur l'insolvabilité résulterait en temps opportun de notre examen. Rien ne garantit cependant que les mesures législatives nécessaires seront rapidement soumises au Parlement, ni même qu'elles seront adoptées. Il suffit d'ailleurs de dénombrer le nombre de mesures en ce sens qui sont mortes au Feuilleton pour se convaincre qu'il y a loin de la coupe aux lèvres. C'est peut-être ce constat qui a amené les professeurs Ziegel et Telfer à formuler leur proposition, dans l'espoir d'accélérer le processus.

Le contexte socio-économique a changé depuis les dernières modifications de fond de la LFI et de la LACC en 1997. Le Comité estime que toutes les lois du Canada, mais en particulier celles qui revêtent une importance fondamentale pour la santé de notre économie et de nos citoyens doivent être revues et modifiées régulièrement afin qu'elles continuent d'atteindre le mieux possible les objectifs visés. Dans cet esprit, nous pressons le gouvernement fédéral de déposer le plus rapidement possible les modifications qui s'imposent à la LFI et à la LACC – et peut-être même aussi à la *Loi sur les liquidations et les restructurations* et à la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* - ou au plus tard durant la première session de la prochaine législature.

D. Des juges spécialisés

Dans certains domaines du droit, on admet implicitement les avantages de connaissances spécialisées.

Dans certains domaines du droit, on admet implicitement les avantages de connaissances spécialisées. Par exemple, les clauses privatives qui protègent les décisions des tribunaux administratifs – notamment dans les domaines des relations de travail et des droits de la personne – témoignent de l'importance de l'apport que constituent l'expérience et les antécédents des membres de ces tribunaux. Dans ces cas, les appels aux tribunaux ordinaires sont peu nombreux, en partie parce que ceux-ci n'ont en général pas de connaissances spécialisées dans les domaines concernés.

Les témoins souscrivent à l'idée de spécialiser les juges qui s'occupent des dossiers d'insolvabilité. L'International Insolvency Institute, par exemple, a dit au Comité qu'une plus grande spécialisation dans l'administration des faillites et des réorganisations serait avantageuse, car cela protégerait mieux les intérêts des parties concernées par les réorganisations et l'intérêt public dans la mesure où il est bénéfique pour la population de pouvoir compter sur un système solide, facile à comprendre et prévisible pour l'administration des faillites et des réorganisations. Selon l'Institute, cependant, le système actuel, où ce sont les juges en chef provinciaux qui nomment les juges chargés des dossiers d'insolvabilité, ne permet pas de spécialiser les magistrats. On propose en conséquence de confier la nomination de ces juges au gouverneur en conseil sur recommandation du juge en chef.

Le Comité a aussi appris que, dans une certaine mesure, cette spécialisation commence déjà à être instituée et qu'on note déjà une certaine uniformité des décisions dans l'ensemble du Canada. Le professeur Yamauchi a dit que les organes judiciaires provinciaux commençaient à spécialiser les juges chargés des réorganisations et que, sur le plan de l'uniformité des décisions, la plupart des juges consultaient les décisions prises dans les autres provinces et adoptaient une démarche

juste et raisonnable envers toutes les parties concernées. M. Mendelsohn, de Mendelsohn, G.P, a aussi abordé la question de la spécialisation des juges, prônant la création d'unités spécialisées dans les grandes villes du pays.

Le Comité est depuis longtemps partisan de la spécialisation et de la formation. Par exemple, dans notre rapport *Après la « tempête du siècle » - Rétablir la confiance des investisseurs*, nous avons recommandé l'élaboration de programmes de formation conçus spécifiquement pour les membres de conseils d'administration.. À l'instar de certains des témoins que nous avons entendus, nous pensons que des juges ayant des connaissances spécialisées sur les questions d'insolvabilité sont le mieux placés pour prendre des décisions dans l'intérêt de toutes les parties concernées. D'ailleurs, pourquoi limiter la spécialisation au seul cas de l'insolvabilité? Nous souscrivons à la spécialisation des juges dans tous les domaines où les tribunaux ont à se prononcer. Nous sommes heureux de constater déjà une certaine spécialisation et une certaine uniformité des décisions au niveau du pays. Nous sommes néanmoins en faveur d'une spécialisation délibérée par la voie de programmes de formation qui contribueront à assurer l'uniformité, la cohérence et la prévisibilité si importantes à nos yeux.

... nous pensons que des juges ayant des connaissances spécialisées sur les questions d'insolvabilité sont le mieux placés pour prendre des décisions dans l'intérêt de toutes les parties concernées.

Reste à régler la question de l'acquisition de ces connaissances spécialisées. Bien sûr, quiconque traite des dossiers d'insolvabilité pendant un certain temps finit par acquérir de l'expérience. Le Comité estime cependant que ce type de formation sur le tas ne suffit pas et que, tout comme on offre des cours destinés à améliorer la compétence des membres de conseils d'administration, il est possible d'offrir aux juges – dont certains traitent peut-être actuellement des cas touchant à tous les domaines – une formation spécialisée dans le domaine de l'insolvabilité. L'Institut national de la magistrature pourrait éventuellement jouer un rôle à ce niveau. En conséquence, convaincu que des juges spécialisés dans les questions d'insolvabilité contribueraient à l'équité, la prévisibilité et l'uniformité des décisions, le Comité recommande :

Que le gouvernement fédéral consulte les intervenants pertinents dans le but d'élaborer des programmes de formation à l'intention des juges canadiens de sorte que ces derniers acquièrent des compétences spécialisées dans le domaine des lois en matière d'insolvabilité.

E. Questions de coût

Pour ce qui est du paiement des honoraires, le processus de déclaration d'insolvabilité est financé de manière interne, et des droits sont payés aux syndics, aux contrôleurs et aux avocats concernés, pour ne nommer que ceux-là. Les syndics sont rémunérés à même l'actif des faillis, avant les autres créanciers, leurs honoraires sont soit déterminés par les créanciers, soit fixés selon un barème reposant sur le pourcentage de la valeur totale des actifs non garantis réalisés (7,5 % actuellement) sous réserve de modifications imposées par un tribunal par la voie d'une procédure appelée taxation, c'est-à-dire l'approbation des droits.

De même, le contrôleur nommé durant une restructuration aux termes de la LACC touche des droits pour les services rendus, droits approuvés par un tribunal dans tout le Canada, sauf au Québec, où ils sont déterminés après entente entre le contrôleur et le débiteur. La LACC ne spécifie pas le rang qu'occupe le paiement des honoraires du contrôleur, mais dans les faits, les droits du contrôleur sont acquittés par le débiteur à titre de frais administratifs durant le processus de restructuration, avant les sommes dues aux créanciers.

Dans les affaires relevant de la LACC, le débiteur assume généralement – mais pas toujours - les frais juridiques des groupes de créanciers, ce qui a d'habitude pour effet d'améliorer la coopération durant le processus de restructuration.

Quand il y a un procès, la partie perdante est généralement condamnée à payer les dépens. Cette pratique vise à défrayer dans une certaine mesure la partie gagnante des frais judiciaires qu'elle a engagés. Ces frais sont calculés sur la base du tarif contenu dans la Loi.

M. Baird a fait remarquer au Comité que ce tarif datait d'une cinquantaine d'années et qu'il n'avait jamais été révisé. En conséquence, à son avis, le tarif est tout à fait dépassé et on n'en tient aucunement compte dans la plupart des provinces et territoires. Il estime qu'il faut abroger le tarif et modifier la LFI pour faire en sorte que si la partie perdante est condamnée à payer les dépens, ce soit le tarif en vigueur dans la province ou le territoire concerné qui s'applique.

Des représentants syndicaux ont fait valoir que leurs frais judiciaires devraient être payés et le Congrès du travail du Canada a dit au Comité que les frais des syndicats associés à une restructuration « ne sont pas toujours payés de la même façon que les coûts des autres groupes de créanciers ». Pour le Congrès, « [s]i une société ou une succession a suffisamment de fonds pour payer un syndic de faillite ou un contrôleur et leurs conseillers juridiques respectifs, elle devrait aussi avoir l'obligation de payer les frais juridiques engagés par un syndicat (ou par des employés non syndiqués) pour faire valoir leurs réclamations dans la procédure d'insolvabilité ». Le Congrès estime en outre que « le paiement des frais juridiques aux syndicats et aux employés faciliterait leur organisation (dans un environnement où plusieurs syndicats coexistent) en un groupe cohésif avec lequel le patrimoine pourrait traiter de manière beaucoup plus simple que ce n'est le cas actuellement ».

Un tarif qui alloue des frais d'un dollar pour la rédaction d'une lettre et de quatre à six dollars pour l'établissement d'un acte de cession, d'une proposition ou d'une demande

introductive d'instance est complètement déphasé par rapport aux réalités d'aujourd'hui.

Le Comité est bien conscient que le tarif des frais, inchangé depuis 1949, est complètement dépassé. Un tarif qui alloue des frais d'un dollar pour la rédaction d'une lettre et de quatre à six dollars pour l'établissement d'un acte de cession, d'une proposition ou d'une demande introductive d'instance est complètement déphasé par rapport aux réalités d'aujourd'hui. Nous savons aussi que toutes sortes de solutions ponctuelles sont adoptées pour surmonter le problème et que, si la LFI permet le recours au tarif régulier des frais judiciaires, ce tarif civil ne peut pas – en l'absence de mesure législative – remplacer totalement le tarif des frais judiciaires en matière de faillite. En outre, la LACC ne contient aucune disposition relativement à un tarif. Par conséquent, les frais engagés aux termes de la LACC suivent le tarif des affaires civiles ordinaires.

Le Comité a conclu que la meilleure solution consistait à abolir le tarif prévu dans la LFI et à utiliser le tarif des frais judiciaires des tribunaux civils des provinces et territoires. Nous sommes contre l'idée de réviser le tarif courant, car l'idée de laisser dans la loi un tarif qui risque d'être rarement révisé ne nous plaît pas. Nous ne croyons pas non plus opportun de conférer au gouverneur en conseil un pouvoir réglementaire relativement à l'établissement d'un tarif puisqu'il existe une solution plus simple et plus logique : utiliser les tarifs des frais judiciaires des tribunaux civils.

... il existe une solution plus simple et plus logique : utiliser les tarifs des frais judiciaires des tribunaux civils.

En effet, ces tarifs ont l'avantage d'abord d'être déjà établis. Ensuite, ils reflètent sans doute assez bien les variations régionales et l'opinion des diverses législatures quant au juste degré d'indemnisation de la partie gagnante par la partie perdante. Certaines provinces prévoient une indemnisation intégrale tandis que d'autres fixent les frais à un niveau assez bas pour éviter de décourager les parties ayant des ressources relativement modestes de faire appel aux tribunaux pour faire valoir leurs droits. Nous pensons qu'en utilisant le tarif des droits en vigueur dans la province ou le territoire concerné, on respecte certains des principes fondamentaux qui nous apparaissent importants, notamment les principes d'équité et de prévisibilité, et l'on garantit une certaine transparence. En conséquence, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée pour abroger le tarif des frais qui y figure et que les frais soient plutôt établis conformément au tarif des tribunaux civils applicable dans la province ou le territoire concerné.

F. Conflits d'intérêts

Les débiteurs qui déposent une déclaration de faillite aux termes de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* confient le contrôle de leur actif à un syndic, lequel a plusieurs fonctions : conseiller le débiteur qui paie ses droits; maximiser la valeur de liquidation des biens saisissables figurant à l'actif du débiteur au profit des créanciers et distribuer le produit de la liquidation conformément aux dispositions de la Loi; et, de manière plus générale, s'acquitter de ses tâches d'administrateur de la faillite tout en préservant l'intégrité de la LFI. Ces multiples rôles peuvent susciter des conflits d'intérêts.

Les professeurs Ziegel et Telfer ont signalé le risque de conflits d'intérêts et ont dit au Comité que, une fois qu'il y a déclaration de faillite ou que le débiteur a soumis une proposition concordataire, le syndic est responsable vis-à-vis des créanciers du débiteur et du tribunal. Cela suscite un conflit entre les responsabilités du syndic vis-à-vis du consommateur et ses responsabilités vis-à-vis des créanciers et du tribunal. À leur avis, l'adoption de certaines des recommandations formulées par le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle risque d'aggraver ce conflit.

La Loi [LACC] est muette sur la qualification et les règles de déontologie et, à l'instar des syndics, les contrôleurs peuvent se trouver en situation de conflit d'intérêts.

La LACC, elle, exige la nomination d'un contrôleur chargé de superviser les affaires et les finances de la société insolvable durant la période de réorganisation, conformément aux ordonnances du tribunal. La Loi est muette sur la qualification et les règles de déontologie et, à l'instar des syndics, les contrôleurs peuvent se trouver en situation de conflit d'intérêts.

Quand elle a parlé au Comité du rôle des contrôleurs dans la procédure afférente à la LACC, Equifax Canada Inc. a dit que la plupart des autres régimes sont bien plus transparents et exempts de conflits d'intérêts. Selon cette société, le Canada devrait être en mesure de se doter de règles d'indépendance

garantissant que les titulaires de charge dans les affaires d'insolvabilité n'ont pas d'autres intérêts ni d'autres relations pouvant nuire à leur objectivité et à leur aptitude à servir les créanciers qu'ils sont censés représenter.

Cette société a précisé en outre que les contrôleurs avaient des rôles divers et incompatibles. Elle a indiqué qu'il était courant pour les contrôleurs de faire office de conseiller financier auprès du débiteur d'une part, et auprès des créanciers garantis du débiteur, d'autre part, de syndic de faillite représentant les intérêts des créanciers non garantis, ou de receveur ou d'administrateur représentant les intérêts des créanciers garantis. Il n'est pas rare qu'un contrôleur assume tour à tour plusieurs de ces rôles, et il arrive même parfois qu'il doit les assumer tous *en même temps.* Equifax Canada Inc. propose de réviser les règles générales de la LFI sur les conflits d'intérêts et les tâches des titulaires de charge et d'étoffer les règles pratiquement inexistantes de la LACC à ce sujet.

Le Comité est convaincu qu'il faut éviter de confier aux syndics, aux contrôleurs et aux autres praticiens de l'insolvabilité des fonctions qui placent ceux-ci en situation de conflit d'intérêts – que le conflit soit réel ou simplement perçu comme tel.

Le Comité est convaincu qu'il faut éviter de confier aux syndics, aux contrôleurs et aux autres praticiens de l'insolvabilité des fonctions qui placent ceux-ci en situation de conflit d'intérêts – que le conflit soit réel ou simplement perçu comme tel. Si les autres intervenants perçoivent ces personnes comme étant en situation de conflit d'intérêts, leur foi dans l'intégrité et l'équité du système s'en trouvera amoindrie, ce qui a des conséquences non seulement sur les intervenants canadiens, mais aussi sur les investisseurs étrangers, et donc sur l'économie canadienne. Le système d'insolvabilité du Canada doit être et paraître juste et transparent. En conséquence, le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* fassent l'objet d'un examen visant à cerner et à éliminer toutes les situations dans lesquelles les praticiens de l'insolvabilité peuvent jouer un rôle et assumer des responsabilités les plaçant en situation de conflit d'intérêts réel ou perçu. Par ailleurs, pour que tous les praticiens assument leurs fonctions avec une grande intégrité, le Comité

recommande aussi que le gouvernement fédéral adopte des lignes directrices à leur intention sur l'éthique professionnelle et les conflits d'intérêts, en développant les articles 34 à 53 des Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité, le cas échéant.

G. La définition du revenu

La LFI ne prévoit pas le même traitement pour toutes les ressources financières d'un failli. Le syndic peut disposer des biens non exemptés en vue de les liquider pour défrayer les coûts administratifs et rembourser les créanciers.

La Loi distingue les avoirs du revenu. Tous les avoirs du failli, autres que ceux exemptés, sont transmis au syndic au moment de la faillite. Le débiteur peut conserver le revenu qu'il gagne pendant la période de la faillite et avant sa libération de manière à pouvoir maintenir un niveau de vie raisonnable pour lui-même et sa famille. Lorsque ce revenu dépasse une certaine norme, le revenu dit excédentaire doit être versé au syndic pour être réparti entre les créanciers après paiement des dépenses administratives. C'est ce que l'on considère comme un traitement équitable du revenu du débiteur pendant la faillite, puisque le revenu non nécessaire aux besoins du débiteur devrait dans la mesure du possible servir au remboursement des créanciers.

La Loi distingue les avoirs du revenu.

Avant les modifications de 1997, la LFI définissait le revenu comme étant le « traitement, salaire ou autre rémunération pour les services rendus par le failli à un employeur ». Depuis les modifications, le revenu est déterminé en fonction des besoins à partir des « revenus de toute nature ou source ». Même si, en règle générale, on interprète cette disposition comme désignant les revenus à la fois gagnés et reçus pendant la période de la faillite — tout revenu gagné avant la date du dépôt de bilan et reçu après la date de remise au syndic et non inclus dans l'analyse des besoins — la Cour suprême a rendu récemment des décisions qui se sont traduites par l'application de l'analyse des besoins aux revenus provenant d'activités d'avant la faillite, comme les versements en cas de préjudice corporel, les règlements au titre de l'équité salariale et les dédommagements accordés en cas de licenciement abusif. Ainsi, ces paiements uniques, forfaitaires et justifiés avant la faillite, mais reçus après, entrent dans les revenus.

Pour le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle, le « revenu » a trois caractéristiques : il est gagné à la faveur d'une activité sur le marché du travail; il sert généralement à financer la consommation courante et il est le plus souvent reçu de façon périodique. Les traitements et salaires constituent un revenu, mais pas les gains à la loterie, ni les héritages.

Le Groupe de travail a recommandé de modifier la LFI de manière à clarifier la définition du revenu. Il estime plus particulièrement que le terme « revenu total » devrait être défini de manière à comprendre tous les revenus gagnés avant la date de la libération, et notamment le revenu gagné et non reçu avant la date de la faillite. Étant donné que les revenus gagnés avant la faillite et reçus après ne doivent pas servir aux besoins financiers des faillis et de leurs familles, ces sommes devraient être remises en totalité au syndic en vue d'être réparties entre les créanciers. Si les besoins financiers sont satisfaits à même le revenu du moment, les créanciers pourraient obtenir des remboursements plus élevés.

De surcroît, le Groupe de travail estime qu'il faudrait guider les syndics en matière de répartition des paiements forfaitaires entre les faillis et les créanciers pour plus d'uniformité et de prévisibilité. Enfin, les syndics devraient recevoir, afin de les répartir entre les créanciers, tout remboursement d'impôt auquel le failli a droit par suite de ses déclarations d'impôt d'avant faillite, d'après faillite, ainsi que des années antérieures.

Un certain nombre d'autres témoins ont appuyé les recommandations du Groupe de travail. Les professeurs Ziegel et Telfer, notamment, ont aussi souligné la nécessité de clarifier l'expression « revenu total », et l'Association du Barreau canadien a appuyé la position du Groupe de travail, précisant au Comité que la jurisprudence récente avait rendu la réforme nécessaire. L'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation et l'Institut d'insolvabilité du Canada se sont également dits en faveur des recommandations du Groupe de travail.

L'Association des banquiers canadiens est allée un peu plus loin que le Groupe de travail. En particulier, elle a suggéré au Comité qu'il faudrait mettre à la disposition des créanciers non seulement les remboursements découlant de déclarations d'impôt datant d'avant et d'après la faillite, mais aussi ceux provenant de déclarations d'impôt subséquentes déposées pendant la faillite. Selon elle, la période d'admissibilité à la libération devrait être portée à 15 mois de manière à permettre d'inclure dans les biens du failli tous fonds supplémentaires provenant des remboursements d'impôt sur le revenu. Les six mois de plus par rapport à la période actuelle de neuf précédant la libération permettraient également au syndic de fournir des conseils supplémentaires.

Le Comité estime qu'il faut clarifier l'expression « revenu total » et que les syndics devraient disposer de lignes directrices leur permettant de répartir comme il se doit les paiements forfaitaires entre débiteurs et créanciers. Les expressions clés comme « revenu total » doivent avoir une signification précise et appropriée, et les syndics doivent disposer de lignes directrices pour assurer la transparence, l'uniformité et la prévisibilité de leurs transactions avec les débiteurs et les créanciers. De plus, si cela est équitable, les remboursements d'impôt dus aux débiteurs doivent être remis au syndic pour être répartis entre les créanciers. Nous souhaitons que le failli puisse repartir sur de nouvelles bases, mais il est également important pour nous que l'on s'emploie à maximiser les avoirs du failli pour que les créanciers reçoivent le plus possible.

Le Comité estime important de faire en sorte que les créanciers soient dûment remboursés, non parce qu'il estime devoir défendre leurs droits, mais plutôt parce qu'autrement il pourrait y avoir des conséquences négatives, notamment une moindre disponibilité et un renchérissement du crédit.

Le Comité estime important de faire en sorte que les créanciers soient dûment remboursés, non parce qu'il estime devoir défendre leurs droits, mais plutôt parce qu'autrement il pourrait y avoir des conséquences négatives, notamment une moindre disponibilité et un renchérissement du crédit. Ces conséquences ont des répercussions sur la prospérité et, de fait, la population du pays pour laquelle le crédit sera plus onéreux. Estimant qu'il faut clarté et lignes directrices, deux facteurs d'équité et de prévisibilité accrues, le Comité recommande :

Que La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de manière à clarifier le sens de l'expression « revenu total ». Que l'on fournisse également des éclaircissements – sous forme de lignes directrices contenues dans une directive du surintendant des faillites – aux syndics sur la façon dont les règlements forfaitaires reçus après la faillite mais avant la libération doivent être divisés entre débiteurs et créanciers. Enfin, le syndic devrait pouvoir recevoir, pendant une période déterminée par la loi, les remboursements d'impôt de faillis afin de pouvoir les répartir entre les créanciers.

H. Définition de « débiteur consommateur »

Pour déposer une proposition de consommateur, un débiteur insolvable doit répondre à la définition du « débiteur consommateur ». Il s'agit d'une « personne physique qui est un failli ou est insolvable et dont la somme des dettes, à l'exclusion de celles qui sont garanties par sa résidence principale, n'excède pas 75 000 $ ou tout autre montant prescrit ». Cette définition ne limite en rien la nature des dettes. Il peut s'agir de dettes d'entreprises ou de particuliers.

Lorsque les dispositions sur la proposition de consommateur ont été incorporées à la LFI en 1992, on pensait que l'administration des propositions de consommateur serait relativement simple et éviterait le procédé plus complexe et plus onéreux que constituent les réorganisations commerciales. Le seuil d'endettement de 75 000 $, toutefois, peut encourager les travailleurs autonomes et les débiteurs dont le revenu est élevé à recourir à cette dernière solution.

Le seuil d'endettement de 75 000 $, toutefois, peut encourager les travailleurs autonomes et les débiteurs dont le revenu est élevé à recourir à cette dernière solution.

De l'avis du Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle, la définition actuelle de « débiteur consommateur » est trop restrictive, et le second procédé ni n'est ni justifié ni nécessaire dans bien des cas. Parce qu'il est plus onéreux, les fonds pouvant être remboursés aux créanciers sont moindres, et l'échec d'une proposition commerciale aboutit automatiquement à la faillite du débiteur insolvable; il n'y a pas de « faillite réputée » lorsqu'une proposition de consommateur échoue. Le Groupe recommande de modifier la LFI pour réviser la définition de « débiteur consommateur » pour tous ceux qui déposent une proposition commerciale. Cette définition devrait se lire comme suit : « une personne dont l'endettement, par suite d'une activité commerciale ou d'un travail autonome, ne dépasse pas 100 000 $, ou tout autre montant prescrit »; il ne faudrait pas plafonner les dettes non liées aux activités commerciales ou les avoirs du débiteur.

Les professeurs Ziegel et Telfer étaient également en faveur d'un seuil d'endettement plus élevé pour les propositions de consommateurs, tout comme l'Association du Barreau canadien qui a fait savoir au Comité qu'il fallait relever l'admissibilité aux propositions de consommateurs, soit en augmentant le plafond, fixé actuellement à 75 000$, soit d'une autre manière commode. L'Association a relevé toutefois l'absence de dispositions dans le scénario portant sur les propositions de consommateurs relatives au paiement de services juridiques rendus à l'administrateur et estimait qu'il fallait prévoir une telle disposition. Il est injuste, de l'avis de cette association, que l'administrateur ait à payer ce type de frais de sa poche.

L'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation et l'Institut d'insolvabilité du Canada appuient de façon générale les recommandations du Groupe de travail d'autant plus qu'ils estiment que le seuil d'endettement proposé est trop faible. Pour eux, toutes les dettes devraient être regroupées, car il est difficile de faire la distinction entre les dettes d'entreprises et les dettes de particuliers, ces dernières étant souvent associées aux premières dans les entreprises individuelles et les petites entreprises. C'est dans ce contexte qu'ils prônent un seuil d'endettement de 250 000 $ pour tous les types de dettes sauf les emprunts hypothécaires résidentiels.

L'Association des banquiers canadiens, quant à elle, n'appuyait pas la recommandation du Groupe de travail de relever le seuil d'endettement pour les débiteurs déposant une proposition de consommateurs. Selon elle, relever ce seuil ne ferait qu'augmenter la dette des particuliers à un niveau dépassant ce qu'un consommateur pourrait raisonnablement gérer en vertu d'une proposition. L'Association nous a toutefois fait savoir que, si la LFI devait prévoir un seuil d'endettement plus élevé, le relèvement devrait correspondre uniquement à la hausse du coût de la vie.

Comme un certain nombre de témoins, le Comité estime que les particuliers devraient recourir à une proposition de consommateur plutôt qu'à une réorganisation commerciale, dans la mesure du possible, étant donné que l'échec de la première solution n'aboutit pas à une faillite réputée, tandis que la seconde solution y parvient. De plus, la proposition de consommateur est préférable de par sa simplicité et son coût moindre. Nous reconnaissons, cependant, que le seuil actuel d'endettement pourrait limiter l'admissibilité des particuliers à une proposition de consommateur. L'un des principes fondamentaux mentionnés au chapitre deux est l'accessibilité. Or, cette accessibilité est entravée si le seuil d'endettement permettant d'accéder à ce processus plus simple et moins onéreux constitue une barrière. C'est pourquoi le Comité recommande :

... le Comité estime que les particuliers devraient recourir à une proposition de consommateur plutôt qu'à une réorganisation commerciale, dans la mesure du possible

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de manière à porter à 100 000 $ le seuil d'endettement figurant dans la définition du « débiteur consommateur » et à en prévoir la révision annuelle en fonction de l'augmentation du coût de la vie telle qu'elle est mesurée par l'indice des prix à la consommation. De surcroît, deux ans après l'entrée en vigueur du nouveau seuil d'endettement, que le gouvernement fédéral commence à examiner la mesure dans laquelle les débiteurs insolvables recourent aux propositions de consommateurs au lieu de procéder à une réorganisation de leur entreprise.

I. Choix du syndic

Actuellement, il est stipulé dans la LFI que c'est le liquidateur des biens du failli qui choisit un syndic pour administrer la faillite; dans la mesure du possible le syndic est tenu par la loi de tenir compte des souhaits des créanciers les plus intéressés. Or, dans la plupart des cas, c'est le débiteur qui choisit un syndic pour administrer la faillite; il arrive rarement que le liquidateur des biens du failli décide qu'il faille un autre syndic.

Le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle est d'avis que la LFI devrait être modifiée de façon à tenir compte de la réalité actuelle en ce qui concerne le choix de syndic. L'ACPIR et l'Institut d'insolvabilité du Canada appuient ce point de vue et ont confié au Comité que la LFI devait être modifiée pour tenir compte du fait que dans la plupart des cas le débiteur a déjà choisi le syndic pour administrer la faillite.

Le Comité est tout à fait d'accord avec la notion que la Loi doit refléter la réalité lorsque tous les intervenants sont satisfaits.

Le Comité est tout à fait d'accord avec la notion que la Loi doit refléter la réalité lorsque tous les intervenants sont satisfaits. Que le syndic soit choisi par le débiteur plutôt que par le liquidateur des biens du failli en est un exemple. Dans un sens, le principe fondamental de l'efficacité semble être respecté. C'est pourquoi le Comité recommande :

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de telle sorte que le débiteur soit tenu de communiquer au séquestre officiel le nom du syndic qu'il a choisi pour administrer la faillite.

J. Droits de vote des créanciers ayant un lien de dépendance

Actuellement, la LFI restreint les droits de vote des créanciers qui ont fait affaire avec le débiteur au cours de l'année ayant précédé l'ouverture de la faillite s'ils ont avec lui un lien de dépendance. Cette restriction s'applique aux personnes ayant un lien de parenté avec le débiteur ainsi qu'aux autres créanciers ayant un lien de dépendance. Le concept de lien de dépendance provient de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La LFI part du principe que les personnes liées, selon la définition qu'elle donne à ce terme, ont toujours un lien de dépendance. Les tribunaux ont le droit de rétablir les droits de vote des créanciers ayant un lien de dépendance si ces derniers représentent plus de 80 % de la valeur de l'ensemble des réclamations.

Les créanciers ayant un lien de dépendance ne peuvent jamais voter en faveur d'une proposition, mais peuvent s'y opposer.

L'intention de ces dispositions est de faire échec à toute collusion entre le failli et le créancier ayant avec lui un lien de dépendance qui porterait atteinte aux intérêts des autres créanciers ou conférerait un avantage aux parents ou à un autre intervenant ayant un lien de dépendance, selon l'hypothèse que les parties ayant un lien de dépendance sont plus susceptibles de pratiquer la collusion que les créanciers n'ayant pas de lien de dépendance. Il peut arriver toutefois que cette situation ne se réalise pas, par exemple dans le cas de conjoints en litige. Jusqu'à une année après le divorce, le conjoint ayant un lien de dépendance ne peut voter en tant que créancier si sa réclamation est inférieure à 80 % de l'ensemble, autrement, il doit obtenir l'approbation du tribunal pour voter.

... selon l'hypothèse que les parties ayant un lien de dépendance sont plus susceptibles de pratiquer la collusion que les créanciers n'ayant pas de lien de dépendance.

Le Groupe de travail recommande d'apporter les deux modifications suivantes à la LFI : supprimer l'exigence de

80 % de sorte qu'avec l'autorisation du tribunal une partie ayant un lien de dépendance puisse voter à l'assemblée des créanciers; permettre à des parties ayant un lien de dépendance de nommer des inspecteurs avec l'autorisation du tribunal. L'Association du Barreau canadien a informé le Comité qu'il appuyait la recommandation du Groupe de travail.

L'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation ainsi que l'Institut d'insolvabilité du Canada étaient d'accord avec le Comité pour appuyer sans réserve la recommandation du Groupe de travail. Ces deux organismes estiment en particulier que le vote devrait pouvoir se faire avant que l'on ait besoin de demander l'autorisation des tribunaux; si le vote du créancier ayant un lien de dépendance change l'issue du scrutin, celui-ci doit alors demander l'autorisation du tribunal pour que son vote compte. Les deux organismes estiment qu'une modification du même type à la recommandation du Groupe de travail doit être effectuée pour ce qui est du vote des inspecteurs. Enfin, ils nous ont dit que les expressions « ayant un lien de dépendance » et « lié » devaient être clarifiées pour que la LFI soit plus accessible aux intéressés.

Bien qu'il soit possible — peut-être très possible — qu'il y ait collusion entre débiteur et créancier ayant un lien de dépendance, nous estimons que cette hypothèse est fautive parce que la situation pourrait se produire moins souvent qu'on ne le pense généralement.

Le Comité estime que l'hypothèse à partir de laquelle cette disposition a été libellée pourrait être fautive, puisqu'elle suppose implicitement qu'il est plus probable qu'il y ait collusion entre le débiteur et le créancier s'il y a un lien de dépendance qu'autrement. À notre avis, cette hypothèse explique à la fois le seuil de 80 % et les exigences faites de demander l'autorisation du tribunal avant de voter. Bien qu'il soit possible — peut-être très possible — qu'il y ait collusion entre débiteur et créancier ayant un lien de dépendance, nous estimons que cette hypothèse est fautive parce que la situation pourrait se produire moins souvent qu'on ne le pense généralement. Nous manquons de données pour appuyer notre point de vue, mais nous estimons que cette fréquence ne justifie pas la nature relativement contraignante de la disposition dans sa forme actuelle.

Le Comité, lorsqu'il a analysé la possibilité de modifier cette disposition — et, le cas échéant, de quelle manière —, est revenu aux principes fondamentaux exprimés au chapitre deux. Nous avons tout d'abord analysé la disposition actuelle sous l'angle de l'équité, de l'accessibilité, de la prévisibilité, de l'efficience et de l'efficacité. La disposition n'a pas répondu à plusieurs de ces critères. Il faut donc la modifier.

Parmi les possibilités que nous ont présentées les témoins, celle visant à changer le seuil de 80 % devrait être appliquée, mais nous n'estimons pas que l'élimination totale proposée par le Groupe de travail se justifie; faute de données sur l'ampleur de la collusion, une élimination totale serait trop extrême et aurait des répercussions sur les tribunaux, tenus d'entendre des demandes de rétablissement des droits de vote. Nous estimons simplement que ce seuil devrait être abaissé, et qu'on examine par la suite les conséquences de cet abaissement pour décider s'il faut apporter d'autres changements. Nous estimons également qu'il est justifié de proposer que les créanciers ayant un lien de dépendance puissent voter, et que l'on demande au tribunal de trancher si le vote change l'issue du scrutin. Estimant que les changements suggérés accroîtront l'équité et l'accessibilité pour les créanciers ayant un lien de dépendance, le Comité recommande :

Nous estimons également qu'il est justifié de proposer que les créanciers ayant un lien de dépendance puissent voter, et que l'on demande au tribunal de trancher si le vote change l'issue du scrutin.

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de sorte que les créanciers ayant un lien de dépendance qui ont fait affaire avec le failli durant l'année qui précède la faillite aient le droit de vote s'ils représentent collectivement plus de 40 % de la valeur des créances totales. Si le vote du créancier ayant un lien de dépendance change l'issue du vote, que toute partie intéressée puisse alors demander l'autorisation du tribunal pour que le bulletin de vote soit inclus.

K. Dettes dont le failli n'est pas libéré par une ordonnance de libération

Il arrive qu'un failli ne puisse se libérer de certaines dettes, notamment « de toute dette ou obligation résultant de l'obtention de biens par des fausses représentations ou des présentations erronées et frauduleuses des faits ». Les alinéas 178(1)*d*) et *e*) de la LFI portent sur les dettes dont le failli n'est pas libéré par une ordonnance de libération.

Certains créanciers ont invoqué l'article 178 pour empêcher l'annulation de leurs réclamations dans le cadre d'une faillite en faisant valoir qu'une allégation de fraude suffisait pour se prévaloir de l'article; il n'est pas nécessaire de prouver qu'il y a eu effectivement fraude. Par ailleurs, l'alinéa 178(1)*d*) vise le vol par un fiduciaire mais non le vol par une personne étrangère. Et l'alinéa 178(1)*e*) s'applique uniquement aux dettes sur des biens obtenus par de « fausses représentations ou des présentations erronées » et non les dettes pour des services obtenus par des moyens frauduleux.

Le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle estime que ces alinéas devraient être actualisés. Il juge en effet qu'une allégation de fraude ne suffit pas et qu'il faut une décision du tribunal indiquant qu'il y a bien eu fraude pour qu'une dette fasse partie de la liste des exceptions et que les dettes pour des services obtenus par des fausses représentations ou des présentations erronées devraient également être visées de manière à tenir compte de l'importance des services dans notre économie. Enfin, tous les vols devraient être visés, car « il n'y a pas de raison politique pour inclure uniquement le vol par un fiduciaire ». Cette recommandation est appuyée par l'Association du Barreau canadien, par l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation ainsi que par l'Institut d'insolvabilité du Canada.

Les professeurs Ziegel et Telfer ont recommandé que toutes les dettes dont le failli ne peut être libéré et les pénalités de l'article 178 fassent l'objet d'un examen.

De l'avis du Comité, les témoins ont bien défendu la modification de l'article 178 de la LFI. Nous estimons également que la fraude devrait être prouvée plutôt que simplement présumée pour que un failli ne puisse pas se libérer de sa dette. De même, les dispositions devraient s'appliquer aux dettes contractées sous des prétextes fallacieux ou des représentations frauduleuses en vue d'obtenir non seulement des biens mais aussi des services. À notre avis, de telles modifications assureraient une plus grande équité. Le Comité recommande donc :

De l'avis du Comité, les témoins ont bien défendu la modification de l'article 178 de la LFI.

Que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit modifiée de telle sorte qu'il soit nécessaire de prouver la fraude pour qu'une dette ne soit pas éteinte à la libération du failli; que les dispositions s'appliquent aux dettes touchant à la fois les biens et les services qui sont acquis sous de faux prétextes ou à la faveur de déclarations frauduleuses.

CHAPITRE SEPT : CONCLUSION

Au fil de ses audiences, le Comité s'est interrogé sur la notion de « nouveau départ » pour les débiteurs, qu'ils soient consommateurs ou entreprises. Pour répondre à cette question, il faut réfléchir à l'équilibre entre la nécessité de fournir aux débiteurs honnêtes mais infortunés l'occasion de se libérer de leurs dettes et donc de recommencer à contribuer à la société sans trop lourd fardeau et le droit des créanciers de tout type à recouvrer autant que possible les fonds qui leur sont dus et à partager les pertes de manière appropriée. Ce principe est fondamental dans la manière dont a évolué la législation canadienne en matière d'insolvabilité.

... un nouveau départ ne devrait pas être si nouveau que les créanciers – qu'ils fournissent des biens et services, du crédit ou du travail – soient indûment désavantagés sur le plan du recouvrement des fonds qui leur sont dus et puissent continuer à fournir biens et services, crédit et travail dans l'attente raisonnable d'être payés; le nouveau départ ne doit pas non plus être si difficile que les débiteurs sont incapables, après acquittement de leurs dettes, de participer de façon significative à la vie économique en raison de leur endettement.

À notre avis, un nouveau départ ne devrait pas être si nouveau que les créanciers – qu'ils fournissent des biens et services, du crédit ou du travail – soient indûment désavantagés sur le plan du recouvrement des fonds qui leur sont dus et puissent continuer à fournir biens et services, crédit et travail dans l'attente raisonnable d'être payés; le nouveau départ ne doit pas non plus être si difficile que les débiteurs sont incapables, après acquittement de leurs dettes, de participer de façon significative à la vie économique en raison de leur endettement. C'est un équilibre délicat à trouver, sachant qu'il faudra procéder à l'occasion à un rééquilibrage, compte tenu de la constante évolution du milieu des affaires et du contexte national et international dans lequel nous vivons.

Dans ce rapport, le Comité présente des recommandations qui devraient aider consommateurs et sociétés à trouver des moyens d'éviter la faillite – et donc de tirer le meilleur parti des possibilités de redressement– et à

partager le fardeau de la perte équitablement en cas de faillite inévitable – et donc à distribuer le fardeau avec équité. Cela n'est pas une tâche aisée. Il y a des conflits inhérents à la chose et il y a forcément des perdants. Le plus souvent, le redressement d'un intervenant se fait au détriment d'un autre ou de plusieurs autres.

Une faillite se produit parce qu'un débiteur n'a pas les moyens de donner satisfaction à plusieurs créanciers; en termes simples, il dispose de ressources insuffisantes pour payer ses dettes, le moment venu.

Par définition, l'insolvabilité suppose des intérêts contradictoires et conflictuels. Une faillite se produit parce qu'un débiteur n'a pas les moyens de donner satisfaction à plusieurs créanciers; en termes simples, il dispose de ressources insuffisantes pour payer ses dettes, le moment venu. Nous avons tenu compte des modifications qui se sont produites avec le temps et qui ont diminué les sommes disponibles pour que les créanciers recouvrent les fonds qui leur sont dus. Par conséquent, dans nos recommandations, c'est avec prudence que nous avons envisagé d'autres exemptions à la saisie et la libération de dettes qui réduiraient encore plus ces fonds et nuiraient à l'équilibre entre intervenants.

Enfin, le Comité estime qu'il faut examiner la question régulièrement, la législation en matière d'insolvabilité devant répondre à l'évolution du contexte socioéconomique national et mondial. Notre rapport – et les mesures législatives qui s'ensuivront, nous l'espérons – sont des pas dans cette direction. Nous espérons que nous continuerons notre chemin sans jamais arriver au bout, car c'est ce cheminement qui reflète le changement qui doit toujours se produire pour que notre régime d'insolvabilité soit le meilleur possible et continue de répondre aux besoins souvent conflictuels des intervenants de la façon la plus équitable, accessible, prévisible, responsable, coopérative, efficiente et efficace possible.

ANNEXE A : LA LOI SUR LES LIQUIDATIONS ET LES RESTRUCTURATIONS ET LA LOI SUR LA MÉDIATION EN MATIÈRE D'ENDETTEMENT AGRICOLE

A. La Loi sur les liquidations et les restructurations

La *Loi des liquidations*, promulguée en 1882, proposait une méthode de liquidation des sociétés solvables et insolvables. La *Loi de faillite*, adoptée en 1919, a fait apparaître un deuxième régime de liquidation des sociétés insolvables, et l'adoption de modifications, en 1966, a eu pour effet d'en faire la loi principale en matière de faillite, le champ d'application de la *Loi sur les liquidations* étant limitée à certaines institutions financières. Cette année-là, le ministre de la Justice a déclenché un processus de réforme en profondeur de la législation sur l'insolvabilité, processus qui a comporté la mise sur pied du Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité ou Comité Tassé.

Dans le rapport qu'il a présenté en 1970, le Comité Tassé a proposé de fondre la *Loi sur la faillite* et la *Loi sur les liquidations* – dans la mesure où celle-ci s'appliquait – en une seule loi régissant la liquidation de toutes les sociétés insolvables. Depuis cette époque, on a étudié un certain nombre de propositions législatives prévoyant la promulgation d'une loi complète sur l'insolvabilité et l'abrogation de la *Loi des liquidations*, mais il n'y a jamais eu refonte en un seul texte de la *Loi sur les liquidations* et la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Au cours des dernières années, la *Loi sur les liquidations* a été modifiée pour faciliter la liquidation des institutions financières et changer le titre.

Aujourd'hui, la *Loi sur les liquidations et les restructurations* (LLR) s'applique aux institutions financières insolvables, comme les banques, les sociétés d'assurance, les sociétés de fiducie et les sociétés de prêt. Ces sociétés ne peuvent être liquidées en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, et les dispositions de la LLR ont été spécialement adaptées pour répondre aux problèmes particuliers que pose l'administration de la liquidation des institutions financières insolvables. La Loi s'applique également à un ensemble de sociétés solvables qui souhaitent la liquidation. Toutefois, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (LCSA) prévoit que la LLR ne peut s'appliquer aux sociétés assujetties à la LCSA. Il est possible que d'autres lois fédérales et provinciales sur la constitution en société comprennent des dispositions analogues. Par conséquent, la plupart des sociétés solvables, mais non la totalité, peuvent être liquidées en vertu d'autres lois, notamment les dispositions sur la liquidation et la dissolution contenues dans des lois sur les sociétés fédérales et provinciales et des lois provinciales sur la liquidation.

La démarche prévue par la LLR, différente sur les plans de la structure et de la procédure de la démarche de la LFI, dépend en grande partie des tribunaux. Le tribunal nomme un séquestre et le charge de l'administration courante du processus. Toutes les décisions clés du séquestre doivent recevoir l'approbation du tribunal. La Loi exige du séquestre qu'il prenne possession des biens de la société, mette fin à ses activités et répartisse ses actifs entre les créanciers.

La Loi prévoit deux catégories de créances prioritaires : une partie des créances des employés au titre des salaires et les créances liées aux frais d'administration. En outre, étant donné qu'il n'est pas lié par la LLR, l'État est dans une position relativement plus solide pour faire valoir ses créances. Enfin, la Loi ne comprend aucune règle régissant les cas d'insolvabilité internationale, et son régime de réorganisation est relativement limité. Plus particulièrement, la Loi autorise le tribunal à convoquer une réunion de créanciers afin de voter sur une proposition de réorganisation et elle permet au tribunal de rendre la proposition exécutoire pour tous les créanciers pourvu que 75 % des créanciers de n'importe quelle catégorie se prononcent en faveur de la proposition.

Un certain nombre de spécialistes et d'analystes ont recommandé que la *Loi sur les liquidations et les restructurations* soit modifiée. Cette loi n'est pas assujettie à l'actuel examen exigé par voie législative.

B. La Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole

Aux termes de la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole*, qui est entrée en vigueur le 5 août 1986, des bureaux d'examen de l'endettement agricole ont été mis sur pied dans toutes les provinces pour veiller à ce que les exploitations agricoles éprouvant des difficultés financières ou menacées de forclusion puissent se prévaloir d'un examen impartial par un tiers et aient peut-être même accès à un financement ou à un refinancement. Chacun des bureaux a trouvé des candidats en mesure de faire partie de comités d'examen du système de financement agricole, formés de trois membres, pour étudier les finances de l'agriculteur et faciliter un arrangement entre lui et ses créanciers.

Deux types de demandes étaient possibles. Dans le cas de l'agriculteur insolvable, la Loi exigeait que les créanciers garantis donnent à l'agriculteur un avis d'au moins 15 jours ouvrables des mesures qui allaient être prises et de son droit de présenter une demande en vertu de la Loi. L'agriculteur pouvait alors présenter une demande au Bureau d'examen de l'endettement agricole, et le Bureau prévenait tous les créanciers et imposait un sursis de 30 jours contre la forclusion; le sursis pouvait être prolongé de 30 jours jusqu'à un total de 120 jours, si le Bureau estimait le prolongement essentiel pour parvenir à un accord entre l'agriculteur et ses créanciers. Un comité d'examen du système de financement agricole rencontrait le personnel sur le terrain, l'agriculteur et ses créanciers pour évaluer la situation

et essayer de conclure un accord mutuellement satisfaisant. Tout accord ainsi conclu constituait un contrat légal. En cas d'échec, les créanciers pouvaient faire saisir les biens.

Un agriculteur qui éprouvait des difficultés financières pouvait demander au Bureau d'examen de l'endettement agricole un examen de sa situation financière ou de l'aide pour parvenir à un accord avec ses créanciers. Un comité d'examen était mis sur pied et du personnel sur le terrain était chargé d'évaluer la situation avec l'agriculteur et, s'il en faisait la demande, avec ses créanciers; on formulait ensuite des propositions préliminaires pour améliorer les perspectives de l'agriculteur. Après examen du rapport final, le Comité d'examen rencontrait l'agriculteur et, à sa demande, ses créanciers pour discuter du rapport et tenter de parvenir à une entente. Tout accord signé de la sorte devenait un document juridique.

En mai 1996, le projet de loi C-38 a été présenté à la Chambre des communes. Il prévoyait l'abrogation de la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole* et la promulgation de la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* (LMEA). La LMEA, qui est entrée en vigueur en avril 1998, mettait en place une procédure simplifiée qui mettait l'accent sur la médiation et s'appliquait aux agriculteurs insolvables. De façon générale, la Loi prévoit : un examen des finances de l'agriculteur insolvable; la médiation entre l'agriculteur et ses créanciers afin de parvenir à un accord mutuellement acceptable et, si l'agriculteur en faisait la demande, une ordonnance suspendant temporairement le droit de ses créanciers d'entamer ou de maintenir des procédures pour saisir les biens de l'agriculteur.

Pour pouvoir se prévaloir de la Loi, l'agriculteur doit répondre à l'un des trois critères suivants : il est incapable de s'acquitter de ses obligations au fur et à mesure de leur échéance; il a cessé de s'acquitter de ses obligations courantes dans le cours ordinaire de ses affaires au fur et à mesure de leur échéance; la totalité de ses biens n'est pas suffisante, d'après une juste estimation, ou ne suffirait pas, s'il en était disposé lors d'une vente régulièrement effectuée par autorité de justice, pour permettre l'acquittement de toutes ses obligations échues ou à échoir. Ces critères correspondent à la définition de « personne insolvable » qui figure dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité.*

Un agriculteur qui répond à l'un de ces trois critères peut formuler deux types de demandes : la suspension des recours de tous ses créanciers contre lui, l'examen de sa situation financière et la médiation entre lui et ses créanciers en vue de conclure un arrangement acceptable pour les parties; ou encore l'examen de sa situation financière et la médiation entre lui et ses créanciers garantis en vue de conclure un arrangement acceptable pour les parties, bien qu'un ou plusieurs créanciers non garantis puissent parfois prendre part à la médiation. Avec le premier type de demande, l'agriculteur peut obtenir un sursis de 30 jours pour tous les recours, et ce sursis peut dans certaines circonstances être prolongé pendant trois autres périodes de 30 jours chacune, mais il peut aussi être levé dans des circonstances diverses. Pendant le sursis, un gardien de l'actif de l'agriculteur est nommé. Les agriculteurs peuvent, sous réserve d'une permission, modifier leur demande d'un type à l'autre à tout moment

pendant la médiation. L'administrateur est tenu de donner avis de la demande à chacun des créanciers dans le premier cas ou aux créanciers garantis dans le deuxième.

Après l'examen financier de la situation de l'agriculteur, un médiateur unique et impartial est nommé pour aider l'agriculteur et les créanciers en cause à trouver un arrangement satisfaisant pour les parties; le médiateur ne conseille pas les agriculteurs et il ne négocie pas en leur nom, ni au nom des créanciers. Dans le premier type de demande, la médiation prend fin avec le sursis. Différentes restrictions s'appliquent dans le deuxième type de demande. Plus particulièrement, si l'administrateur croit que l'agriculteur ou la plupart des créanciers refusent de participer de bonne foi à la médiation ou que l'agriculteur et la plupart des créanciers ne parviendront pas à un accord, il peut ordonner que la médiation prenne fin. La médiation prend également fin lorsque l'agriculteur et un créancier signent un arrangement.

Tout créancier garanti d'un agriculteur doit, avant de se prévaloir d'un recours contre les biens de celui-ci ou d'intenter toute action ou procédure, judiciaire ou extrajudiciaire, pour le recouvrement d'une dette, la réalisation d'une sûreté ou la prise de possession d'un bien de l'agriculteur, lui donner un préavis, en y indiquant qu'un agriculteur admissible peut présenter une demande en vertu de la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole*. Cet avis doit être donné au moins 15 jours ouvrables avant les mesures décrites.

Au cours de l'étude parlementaire du projet de loi C-38, des observateurs ont critiqué le processus proposé, disant qu'il ne s'appliquerait pas aux agriculteurs en difficulté financière, alors que le processus prévu par la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole* valait pour eux également. Par contre, la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* s'accompagne d'un programme complémentaire, le Programme de consultation agricole. Ce programme offre aux agriculteurs des conseils financiers confidentiels.

Le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire étudie l'application de la Loi tous les trois ans et dépose au Sénat et aux Communes un rapport qui rend compte de l'examen. Le rapport le plus récent a été déposé le 13 juin 2001. Il visait la période de 1998 à 2000. La loi ne prévoit aucun examen parlementaire du texte législatif.

ANNEXE B : ÉVOLUTION DE LA LÉGISLATION SUR L'INSOLVABILITÉ AU CANADA ET NOTAMMENT DE LA *LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ*

A. Les premières années

La première loi fédérale au Canada sur l'insolvabilité a été promulguée par le Parlement en 1989. Il s'agissait de l'*Acte de faillite*. Cette loi portait sur les faillites volontaires et involontaires, prévoyait des concordats et s'appliquait uniquement aux commerçants. Le texte a été revu et fondu avec celui d'une autre loi, l'*Acte de faillite de 1875*, mais ces dispositions législatives n'ont pas eu l'effet escompté, si bien que la loi a été abrogée en 1880. Par la suite, pendant presque quatre décennies, le Canada n'a eu aucune loi générale sur la faillite qui s'applique dans l'ensemble du pays.

La situation a changé en 1919, année où a été adoptée la *Loi sur la faillite*, qui s'inspirait de la loi anglaise de 1914. Toutefois, les modifications majeures ont dû attendre jusqu'en 1949. Néanmoins, certaines modifications ont été apportées entre 1919 et 1948. Ainsi, en 1932, la loi a été modifiée pour établir le poste de surintendant des faillites, et une disposition a permis l'octroi de licences aux syndics.

B. Loi de 1949 sur la faillite

Une loi présentée en 1949 pour modifier la *Loi sur la faillite* avait les objectifs suivants :

- fournir un système d'administration sommaire pour les petits actifs de faillite;
- permettre au débiteur de présenter – et aux créanciers d'accepter – une proposition sans qu'il déclare faillite ni qu'il soit mis en faillite;
- préciser les priorités accordées aux diverses catégories de créances au moment de la répartition des biens du débiteur;
- accroître le contrôle exercé par les créanciers à l'égard des biens du failli en confiant aux créanciers et aux inspecteurs des responsabilités et des obligations pour lesquelles il fallait jusque-là s'adresser aux tribunaux.

La Loi a reçu la sanction royale en décembre 1949.

C. Modifications de 1966

Lorsque des modifications à la *Loi sur la faillite* ont été présentées en 1966, elles ont été perçues comme une mesure provisoire visant à régler les questions les plus pressantes, en attendant une révision complète de la Loi. La *Loi sur la faillite* a été modifiée notamment aux fins suivantes :

- offrir des moyens plus satisfaisants de lutter contre les fraudes liées aux faillites;
- permettre de diffuser de l'information sur les faillites de façon que les créanciers puissent mieux évaluer la cote de solvabilité de leurs éventuels clients;
- permettre aux tribunaux d'examiner des transactions qui ne peuvent être considérées comme des « pratiques commerciales éthiques »;
- resserrer les dispositions relatives aux propositions pour mieux protéger les créanciers et éviter qu'elles ne deviennent un moyen de temporiser, permettant au débiteur de dissiper son actif;
- exiger des faillis qu'ils déposent auprès du syndic, pour les créanciers, une certaine proportion de leur salaire ou autre rémunération;
- développer les dispositions portant sur les infractions des syndics;
- empêcher une société en faillite de demander sa libération.

Cette loi a reçu la sanction royale en juillet 1966.

D. Les années 70, l'inertie législative et l'insistance sur la protection des salariés

Les années 70 ont été marquées par un certain nombre d'initiatives portant sur l'insolvabilité, dont la publication du rapport du Comité Tassé. Le Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité, mis sur pied en 1966, avait pour mission de réaliser une étude approfondie de la législation canadienne en matière d'insolvabilité. Dans son rapport, le Comité a recommandé l'adoption d'une toute nouvelle loi sur la faillite et l'insolvabilité qui constituerait un système intégré et complet. Le Comité croyait qu'une nouvelle loi s'imposait, étant donné les changements économiques et sociaux survenus depuis la promulgation de la *Loi sur la faillite*, en 1949. Les 113 recommandations du Comité portaient

sur des sujets comme les suivants : mesures visant à faciliter l'acquittement des dettes; « solution de dernier recours »; liquidation sans mise en faillite; criminalité et protection du système de crédit; questions administratives; tribunaux. Le rapport Tassé proposait également un changement en accordant une priorité absolue aux créances en salaires, jusqu'à concurrence de 2 000 $, priorité qui s'appliquait obligatoirement aux créanciers garantis et ordinaires.

Le projet de loi C-60 – qui visait à mettre en œuvre les recommandations du rapport Tassé – a été présenté à la Chambre des communes le 5 mai 1975. Après la première lecture, il a été renvoyé au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. Au terme de son étude, le Comité a recommandé d'apporter 139 amendements au projet de loi, qu'il a été décidé de laisser en plan. L'un des sujets pour lesquels le Comité préconisait des changements a été celui des salaires impayés.

Le 21 mars 1978, on présentait le projet de loi S-11 au Sénat. Il reprenait 128 des modifications que le comité sénatorial avait proposé d'apporter au projet de loi C-60. Le projet de loi a franchi l'étape de la deuxième lecture le 4 avril 1978, mais il n'a jamais été adopté. Présenté de nouveau le 27 février 1979 sous le numéro S-14, le projet de loi est parvenu à l'étape de la deuxième lecture, mais il est resté en plan au *Feuilleton* lorsque le Parlement a été dissout, le 26 mars 1979.

Enfin, le projet de loi S-14 a été présenté de nouveau au Sénat le 8 novembre 1979 sous le numéro S-9. Après la première lecture, il est également resté en plan au *Feuilleton* le 13 décembre 1979.

E. Les années 80 et le maintien de l'insistance sur la protection des salariés

En 1980, le Comité sur la protection des salaires en matière de faillite et d'insolvabilité, présidé par Raymond Landry, a été chargé d'élaborer des recommandations au sujet de la protection des salaires. Le rapport du Comité, publié en 1981, concluait que, en l'absence de données complètes et exactes sur le nombre et la valeur des créances en salaires impayés, il était impossible de se prononcer sur la gravité du problème. Les éléments d'information disponibles révélaient néanmoins l'existence du problème.

Dans son rapport, le Comité Landry a fait observer que le Royaume-Uni, la France, l'Allemagne de l'Ouest, la Belgique et le Danemark étaient dotés de régimes de protection des salariés, et il recommandait au Canada de s'en donner un. Selon lui, cependant, il était impossible de proposer une solution législative permanente tant qu'on n'aurait pas mesuré l'ampleur du problème et tant que les politiques fédérales et provinciales/territoriales ne seraient pas coordonnées. Il a donc recommandé une solution provisoire de trois ans pendant laquelle le Trésor verserait un maximum de 1 000 $ au titre des salaires impayés.

Le 16 avril 1980, le projet de loi C-12 était présenté à la Chambre des communes et renvoyé à son Comité permanent des finances, du commerce et des affaires économiques après la deuxième lecture. Le projet de loi est resté en plan au *Feuilleton*, puisque le Parlement a été dissout pendant que se poursuivaient les audiences du Comité, qui n'avaient commencé qu'en 1983.

Le projet de loi C-17, à peu près identique au projet de loi C-12, si on fait abstraction de l'ajout de modifications de forme, a été présenté aux Communes le 31 janvier 1984. De nouveaux amendements ont été présentés le 28 mai 1984, mais le projet de loi est resté en plan au *Feuilleton* après la deuxième lecture. En ce qui concerne les créances en salaires impayés, le projet de loi prévoyait que les créances salariales, jusqu'à concurrence de 4 000 $, auraient la priorité sur les créances de tous les créanciers garantis. L'idée d'un fonds pour la protection des salaires n'était pas largement appuyée, à cause de l'absence de données statistiques sur les coûts et de la possibilité que ce fonds ne décourage les employeurs de payer les salaires à temps.

En mars 1985, le ministre de la Consommation et des Corporations a mis sur pied un comité consultatif composé de syndics et de juristes pour étudier le système des faillites, évaluer les réformes possibles et recommander des modifications législatives. Le rapport de ce comité, le rapport Colter, a été rendu public en janvier 1986. Il présentait 122 recommandations de modifications sur les sujets suivants : protection des salariés; séquestres et créanciers garantis; réorganisation commerciale; fournisseurs de marchandises; faillites de consommateurs et arrangements; créances prioritaires; agriculteurs et pêcheurs; maisons de courtage, sociétés d'assurance et institutions financières; cas d'insolvabilité internationale; questions d'administration des biens; obligations des directeurs et agents.

En ce qui concerne la protection des salariés, le rapport Colter préconisait l'établissement d'un fonds qui serait alimenté par les contributions des employeurs et des employés et verserait un certain montant aux employés dont les employeurs ont déclaré faillite ou mis sous séquestre; un montant d'au plus 2 000 $ serait versé au titre des salaires et commissions, de la paye de vacances et des prestations de retraite, mais les indemnités de départ seraient demeurées des créances non garanties.

Après la publication du rapport Colter, en septembre 1986, le ministère de la Consommation et des Corporations a publié un document de travail sur les modifications à la *Loi sur la faillite*, document inspiré des conclusions du rapport Colter et de consultations menées auprès des groupes intéressés et des provinces et territoires. En 1988, le ministère a rendu publiques les révisions proposées à la *Loi sur la faillite*. Les réformes envisagées portaient sur huit domaines. La démarche retenue consistait à remanier certains aspects clés de la loi au lieu de présenter une loi toute nouvelle qui apporterait des réformes profondes.

Le rapport du ministère traitait également de la question des salaires impayés, mais il s'écartait quelque peu du rapport Colter. Ainsi, le ministère proposait que le programme soit financé par le gouvernement fédéral et non par des contributions des employeurs et des employés. Par contre, il allait dans le même sens que le rapport Colter pour ce qui est du

plafond monétaire, bien qu'il y ait eu quelques divergences pour ce qui est du degré de protection prévu pour les salaires impayés et la paye de vacances.

Enfin, la question des salaires impayés a été également abordée dans le *Rapport du Comité consultatif sur les rajustements* – également appelé le rapport Grandpré – rendu public en mars 1989. Il portait sur les rajustements à apporter par suite de l'Accord de libre-échange nord-américain. Dans le cadre de son examen des problèmes qui se posent en matière d'emploi à l'ère de la mondialisation, le rapport recommandait de modifier la *Loi sur la faillite* pour prévoir un fonds national de protection des salariés qui couvrirait jusqu'à concurrence de 4 000 $ les montants dû à l'employé au titre des salaires, de la paye de vacances, des cotisations de retraite et d'autres avantages ainsi que des indemnités de départ. Si ce fonds n'était pas créé, le rapport recommandait que le gouvernement fédéral légifère rapidement pour garantir aux créances des salariés la priorité sur toutes les autres créances, au moment de la liquidation des biens d'un employeur insolvable.

F. Projet de loi C-22

Le projet de loi C-22 a été présenté aux Communes le 13 juin 1991, et ses dispositions sont entrées en vigueur le 30 novembre 1992. Ce texte législatif visait à :

- établir un meilleur équilibre entre les droits de diverses catégories de créanciers ainsi qu'entre les droits des créanciers et ceux des débiteurs;
- permettre aux particuliers et aux entreprises de réorganiser leur situation financière afin d'éviter la faillite;
- rendre les lois plus efficaces, et moins coûteuses et plus faciles à appliquer.

Les principaux champs de réforme du projet de loi étaient les suivants :

- créances salariales – mais cette proposition a été ensuite retirée;
- créanciers garantis et séquestres;
- réorganisations commerciales;
- propositions de consommateurs, y compris des conseils obligatoires pour recevoir une libération inconditionnelle après neuf mois;
- créances de l'État et priorités;
- protection des fournisseurs non payés;
- modifications de forme.

Le projet de loi ajoutait également la notion d'insolvabilité dans le titre de la loi et prévoyait un examen parlementaire après trois ans.

G. Projet de loi C-5

Devançant l'examen prévu dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* après trois ans d'application, le gouvernement fédéral a mis sur pied le Comité consultatif de la faillite et de l'insolvabilité, composé de représentants du gouvernement et du secteur privé, pour étudier divers éléments de la législation sur la faillite et recommander des modifications. Un grand nombre des recommandations du Comité ont été reprises dans le projet de loi C-5.

Le projet de loi C-5, présenté à la Chambre des communes le 4 mars 1996, était essentiellement identique au projet de loi C-109, qui avait été présenté aux Communes le 24 novembre 1995, mais qui était resté en plan au *Feuilleton* après la première lecture.

Dans la version initiale présentée aux Communes, le projet de loi C-5 proposait de modifier la LFI sur les points suivants :

- les licences et la réglementation des syndics;
- la responsabilité des syndicats à l'égard des dommages et réclamations liés à l'environnement;
- la responsabilité des administrateurs et la suspension des procédures intentées contre eux en cas de réorganisation;
- l'indemnisation des locateurs en cas de résiliation du bail lors d'une réorganisation;
- les procédures relatives aux propositions de consommateurs;
- les faillites de consommateurs;
- la libération en matière de prêts étudiants;
- les réclamations des organismes compétents en matière d'accidents du travail;
- la codification des exigences à l'égard des faillis qui doivent verser une partie de leurs revenus à l'actif de la faillite;
- l'insolvabilité en contexte international;
- la faillite des courtiers en valeurs mobilières.

Le projet de loi proposait aussi de modifier la *Loi sur arrangements avec les créanciers des compagnies* pour mieux en harmoniser les dispositions avec celles de la LFI. Par contre, il ne touchait

pas des questions comme les droits des fournisseurs impayés et le fonds de protection des salaires.

Après son étude à la Chambre des communes, le projet de loi a été étudié au Sénat par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. En février 1997, le Comité a publié un rapport sur le projet de loi, recommandant un certain nombre de modifications. Le projet de loi C-5 modifié a été lu pour la troisième fois au Sénat en février 1997. Le 15 avril 1997, la Chambre des communes a approuvé les amendements apportés par le Sénat, et le projet de loi a reçu la sanction royale le 25 avril 1997. Ses dispositions sont entrées en vigueur en septembre 1997 et en avril 1998.

H. Projet de loi C-36 – Février 1998

Le projet de loi C-36, Loi portant exécution de certaines dispositions du budget, a été présenté à la Chambre des communes le 24 février 1998. Il proposait des modifications à la Loi sur l'insolvabilité et la faillite et à d'autres lois. Dans une série de modifications portant sur le financement de l'éducation postsecondaire, qui comprenaient des dispositions sur l'exemption d'intérêts, le projet de loi proposait que les étudiants ne puissent être libérés de la dette constituée par leurs prêts étudiants en cas de faillite dans les dix ans suivant la fin de leurs études. Jusque-là, cette période était de deux ans.

I. Processus actuel en cas d'insolvabilité - Consommateurs

À l'heure actuelle, les consommateurs qui se retrouvent avec un endettement impossible à gérer ont plusieurs possibilités qui s'offrent à eux pour les aider à assainir leur situation financière. Ils peuvent par exemple envisager la consolidation de leur dette, la présentation d'une proposition officieuse à leurs créanciers ou, dans certaines provinces et certains territoires, une ordonnance de consolidation qui établit le montant et les échéances des versements à remettre au tribunal, qui les répartit entre les créanciers au nom du débiteur. Au Québec, le régime de dépôt volontaire – la loi Lacombe – est analogue à une ordonnance de consolidation.

Outre ces options, le débiteur insolvable peut envisager la faillite ou la présentation d'une proposition. Pour que la définition d'insolvabilité s'applique, il faut que la personne doive au moins 1 000 $, soit incapable de faire honneur à ses obligations au fur et à mesure de leur échéance, ait cessé d'acquitter ses obligations courantes dans le cours ordinaire des affaires au fur et à mesure de leur échéance ou aient des biens dont la totalité n'est pas suffisante, d'après une juste estimation, pour permettre d'acquitter toutes ses obligations échues ou à échoir.

Aux termes de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, le syndic ou l'administrateur peuvent présenter une proposition concordataire, qui est une proposition d'accord entre le débiteur et ses créanciers aux termes duquel les parties s'entendent sur la partie de la dette que le débiteur finira par rembourser et sur le temps qu'il aura pour le faire. En somme, il s'agit de restructurer les obligations en matière de remboursement. Le syndic est tenu de remettre aux créanciers un rapport sur les affaires du débiteur, les causes de ses difficultés financières et une estimation du produit d'une mise en faillite, comparé au montant offert dans la proposition.

Deux types de propositions sont possibles : une proposition de consommateur dans laquelle la dette totale du débiteur, exception faite de la dette garantie par la résidence principale, ne dépasse pas 75 000 $ et la période maximum de remboursement est de cinq ans; ou une proposition, possible aussi bien pour les consommateurs, peu importe leur degré d'endettement, et les sociétés. Si les créanciers n'acceptent pas le premier type de proposition, le débiteur n'est pas automatiquement mis en faillite. Par contre, dans le cas du deuxième type de proposition, le refus des créanciers entraîne la faillite.

Pour qu'une proposition soit acceptable pour les créanciers, il faut généralement qu'elle leur soit plus avantageuse – par exemple, à cause d'une répartition plus rapide, de frais administratifs plus bas ou d'une plus grande certitude dans le règlement des problèmes – que ne le serait la faillite. Ainsi, depuis 1992, année où la possibilité de proposition de consommateurs a été ajoutée à la LFI, beaucoup perçoivent cette formule comme une solution qui ne fait que des gagnants : les créanciers y gagnent parce qu'ils s'en tirent mieux que si le débiteur faisait faillite, et le débiteur évite la faillite. L'augmentation du nombre des propositions, comme solution de rechange à la faillite, est particulièrement rapide depuis 1997, alors qu'on aurait pu s'attendre à une augmentation relativement rapide dès que cette innovation a été adoptée, en 1992.

Si les créanciers se prononcent en faveur d'une proposition – il faut que celle-ci soit approuvée par les créanciers dans une proportion d'au moins 66,6 % de la valeur monétaire et de 50 % plus un du nombre des créanciers habilités à voter –, elle est approuvée par les tribunaux et constitue un contrat qui lie tous les créanciers. Le débiteur reste le maître de ses biens, sauf si la proposition en dispose autrement.

En cas de faillite – que celle-ci soit volontaire ou, plus rarement, qu'elle soit l'aboutissement d'une requête des créanciers adressée aux tribunaux pour qu'ils prononcent la faillite –, certains biens échappent à la saisie. La liste et la valeur des biens insaisissables varient d'une province à l'autre et d'un territoire à l'autre, mais ceux-ci comprennent généralement, jusqu'à concurrence d'un certain maximum, les vêtements, les meubles, un véhicule, des outils professionnels et les dispositifs médicaux. Les fonds qui se trouvent dans des régimes de pension agréés, des polices d'assurance-vie et des régimes enregistrés d'épargne-retraite sont aussi insaisissables. Les actifs détenus par le failli ou acquis par lui pendant la période de faillite et qui dépassent les exemptions prévues reviennent au syndic, qui dispose des actifs non exemptés au profit des créanciers du failli.

Après une première faillite, la libération est automatiquement accordée au bout de neuf mois, pourvu que les créanciers, le surintendant des faillites ou le syndic ne s'y opposent pas et que le failli se soit prêté aux consultations obligatoires. Avec les modifications apportées en 1992 à la LFI, le Canada est devenu le premier pays à rendre les consultations en matière financière obligatoires avant l'octroi d'une libération absolue. Cette libération annule les dettes du failli, à certaines exceptions près, dont les versements de soutien pour un enfant, les versements de pension alimentaire, les amendes imposées par le tribunal et les prêts étudiants, si la faillite se produit dans les dix ans suivant la fin des études. La faillite reste consignée dans le dossier de crédit pendant six ans.

J. Processus actuel en cas d'insolvabilité - Sociétés

Les sociétés insolvables ont un certain nombre de solutions possibles, dont la réorganisation ou la faillite. La réorganisation peut se faire aux termes soit de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, soit de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC), mais la dette doit atteindre les 5 millions de dollars pour que la société puisse s'en prévaloir.

Dans le cas de la réorganisation, un syndic dépose une proposition auprès des créanciers de l'organisation, qui sont plus enclins à accepter une proposition si la réorganisation est plus avantageuse que la mise en faillite. Le plus souvent, les propositions de réorganisation prévoient que la société n'acquitte qu'une partie de ses dettes ou qu'elle en échelonne le remboursement sur une plus longue période, ou encore les deux. Il semble que toutes les parties puissent y gagner, car la société reste en activité, les travailleurs conservent leur emploi, tandis que les créanciers gardent un client et reçoivent au moins une partie de ce qui leur est dû.

Le syndic doit remettre aux créanciers un rapport faisant état des affaires financières de la société, des causes des difficultés financières et une estimation du montant que les créanciers toucheraient à l'issue d'une faillite, comparé à celui qui est prévu dans la proposition de réorganisation. La proposition doit prévoir le paiement des déductions à la source sur le salaire des employés dans les six mois suivant l'approbation judiciaire et celui des salaires et de la paye de vacances qui sont dus aux employés et anciens employés, jusqu'à concurrence de 2 000 $ pour chaque employé, immédiatement après l'approbation judiciaire.

Les sociétés peuvent être mises en faillite dans un certain nombre de circonstances : présentation d'une requête en faillite par un créancier (procédure judiciaire); cession de la société par ses administrateurs; rejet d'une proposition à l'assemblée des créanciers; refus par le tribunal de ratifier une proposition approuvée par les créanciers; annulation d'une proposition pour motif de non-exécution. Dans ces cas, un syndic prend le contrôle des actifs de la société qui subsistent après mise à exécution des garanties des créanciers prioritaires et les liquide au profit des créanciers non garantis.

ANNEXE C :
LE RAPPORT D'INDUSTRIE CANADA

Dans le document *Rapport sur la mise en application de la* Loi sur la faillite et l'insolvabilité *et de la* Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (ci-après appelé le rapport d'IC ou le rapport), Industrie Canada présente les questions qui ont été abordées et les conclusions auxquelles on a abouti durant ses consultations des parties concernées sur les trois sujets suivants : les questions relatives aux politiques administratives; les questions relatives à l'insolvabilité des entreprises; et les questions relatives à l'insolvabilité des consommateurs.

A. Questions relatives aux politiques administratives

Dans l'ensemble, les observations des intervenants sur les politiques administratives ont porté essentiellement sur les besoins du Bureau du surintendant des faillites (BSF) pour que celui-ci puisse bien administrer le système et sur les problèmes auxquels il faudrait remédier.

1. Volume, accès et financement

Le rapport d'IC note la croissance continue du nombre de dossiers d'insolvabilité ces dernières décennies et on s'y demande s'il y aurait lieu de mettre en place des mesures préventives afin de stopper cette tendance et d'inciter les débiteurs à adopter de meilleures pratiques en matière de gestion du crédit afin de réduire les risques d'insolvabilité.

On y dit aussi craindre que les débiteurs à faible revenu aient du mal à se prévaloir des dispositions de la LFI en raison des coûts que cela représente. En effet, si un syndic craint d'avoir du mal à percevoir les frais associés à ses services, il peut exiger une avance ou une sûreté avant d'accepter de s'occuper d'un dossier donné, ce qui peut entraver l'accès au régime de certains débiteurs. Cependant, le Programme d'accès à la faillite établi par le Bureau du surintendant des faillites (BSF) facilite l'accès au régime puisqu'il repose sur la participation volontaire de syndics qui acceptent de fournir gratuitement des services aux débiteurs qui n'ont pas les moyens de payer. Le rapport d'IC pose la question suivante : faut-il redéfinir le concept de l'accès universel au régime de la faillite en prévoyant de nouvelles mesures ou cesser de considérer cet accès comme un droit?

Le rapport note en outre que, depuis qu'il est devenu un organisme de service spécial (OSS), le BSF est tributaire des seuls revenus générés par ses activités pour remplir ses obligations

législatives, à savoir assurer l'observation de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI)* , ce qui est de plus en plus difficile vu l'augmentation constante du nombre de dossiers de faillite à traiter chaque année. Il y aurait moyen d'augmenter les fonds dont dispose le BSF, notamment en trouvant de nouvelles sources de revenus et en relevant les droits imposés. Le rapport fait aussi état de la contribution des nouvelles technologies à l'amélioration de l'efficience du système pour tous ses utilisateurs; près de 80 % des services du BSF sont actuellement disponibles par voie électronique et tous les services seront probablement offerts sous cette forme en 2004, si bien que les économies possibles à ce chapitre deviendront limitées. Il reste qu'il pourrait être nécessaire de modifier la LFI pour prévoir plus clairement les transactions électroniques.

2. Programme de conformité des débiteurs

Il faut mettre en place un programme efficace permettant d'assurer la conformité des débiteurs afin d'éliminer les cas d'abus et de maintenir la confiance du public, d'autant plus que le volume des dossiers augmente, que les cas sont de plus en plus complexes et que les ressources sont rares. On se demande dans le rapport demande s'il faut moderniser la LFI et la réviser afin de déterminer s'il vaudrait mieux que certaines infractions relèvent de recours civils ou administratifs au lieu de recours au pénal.

3. Surveillance réglementaire des réorganisations aux termes de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*

Contrairement à la LFI, la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC) n'est assujettie à aucun processus de supervision administrative et il n'existe aucun registre central des réorganisations aux termes de la Loi. Par conséquent, il est difficile de vérifier – de manière significative – si les plans de réorganisation sont efficaces et s'ils sont appliqués et administrés de manière uniforme, avec le résultat que les prêteurs et les investisseurs risquent de perdre confiance dans le régime. En outre, les contrôleurs chargés de surveiller les affaires et les finances des sociétés durant une réorganisation ne sont pas assujettis à un code de déontologie ni tenus de respecter des exigences de qualification.

Compte tenu de l'importance économique et sociale des réorganisations aux termes de la LACC et de leur fréquence croissante, le rapport pose la question de savoir s'il ne serait pas avisé d'instituer un régime de surveillance présentant les caractéristiques suivantes : registre national public; mécanismes d'audition des plaintes; pouvoir d'intervention devant le tribunal; conditions d'octroi de permis d'exercer aux contrôleurs.

4. Surveillance réglementaire des mises sous séquestre

Certaines des parties concernées trouvent que les dispositions de la LFI régissant les mises sous séquestre manquent d'efficacité et ne sont pas utilisées comme il avait été prévu. Ces dispositions s'appliquent lorsqu'un créancier garanti ou son agent prend possession de tous ou presque tous les actifs d'une entreprise afin de les réaliser. Le rapport met en lumière les faiblesses de ces dispositions, notamment la définition de « séquestre », l'interprétation restrictive des dispositions de la Loi par les tribunaux de la common law et l'insuffisance des sanctions visant les contrevenants.

5. Consolidation des lois sur l'insolvabilité

Dans le contexte l'examen des questions relatives à l'insolvabilité des entreprises, le rapport d'IC traite de la question de savoir s'il y aurait lieu d'intégrer la LFI et la LACC. Ce concept est présenté dans le rapport comme une question de politique administrative et non comme une question d'insolvabilité des entreprises parce que l'intégration des lois pourrait donner au BSF des pouvoirs de surveillance à l'égard de la nouvelle loi.

Le rapport signale que l'existence de ces lois différentes sur l'insolvabilité est la conséquence de circonstances historiques et note que les avis divergent parmi les parties concernées quant à l'opportunité de fusionner la LFI et la LACC et au degré de fusion souhaitable, le cas échéant. On y fait aussi mention du manque de données sur le recours à la LACC et l'application de celle-ci, ce qui nuit à un débat utile sur la question.

B. Questions relatives à l'insolvabilité des entreprises

Les intervenants ont soulevé plusieurs questions relatives à l'insolvabilité des entreprises durant le processus de consultation. S'ils ont pu s'entendre sur certaines – dont la question des faillites de courtiers en valeurs mobilières, la *Loi sur les liquidations et les réorganisations*, les enjeux liés aux marchés financiers et la responsabilité du syndic relativement aux obligations du nouvel employeur et aux créances des caisses de retraite – sur d'autres, les désaccords sont grands. On pense notamment à la protection des salariés et des pensions, au financement des débiteurs exploitants, aux droits des fournisseurs impayés, à l'adoption de la loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, aux droits contractuels, à l'intégration de la LFI et de la LACC, à la responsabilité des administrateurs, aux sanctions à l'endroit des administrateurs et des dirigeants pour conduite préjudiciable aux créanciers, aux transferts inférieurs à la juste valeur et aux préférences.

1. Protection des salaires et des pensions

La question du degré de protection des salaires et des revenus de pension des salariés en cas d'insolvabilité de l'entreprise fait depuis longtemps l'objet de préoccupations au Canada, et s'il existe une certaine forme de protection des salaires depuis 1949, la question a été examinée à plusieurs reprises depuis les années 1970. Le rapport d'IC décrit les diverses propositions législatives et autres dont on a débattu au fil des ans pour protéger les salaires, notamment les suivantes : statut de créance privilégiée et plafond approprié; protection super-prioritaire; fonds de compensation des salaires financé à même des cotisations des employeurs et des salariés ou le Trésor; protection par l'intermédiaire du régime d'assurance-emploi. On y discute des effets distributifs de la protection de la rémunération et de l'impact de telles mesures sur l'activité économique, l'efficience économique et l'offre et le coût du crédit.

En outre, on se demande dans le rapport si la protection actuellement en vigueur à l'égard des cotisations impayées et des engagements non capitalisés relatifs aux régimes de retraite est suffisante et, dans la négative, quelle mesure il faudrait mettre en oeuvre pour l'améliorer. L'Ontario est actuellement la seule province qui prévoit une protection capitalisée pour les créances relatives aux pensions. Cependant, des lois sur la faillite déposées dans les années 1970 et les années 1980, ainsi que certains comités consultatifs ont abordé des questions comme la priorité des créances relatives aux pensions et l'établissement d'un fonds d'indemnisation des créances relatives aux pensions.

2. Financement des débiteurs exploitants

Le financement des débiteurs exploitants aide les entreprises insolvables qui ont besoin de financement pour procéder à une réorganisation. Comme ce type de crédit présente beaucoup de risque, les prêteurs peuvent exiger une priorité sur les créanciers garantis. La LFI et la LACC sont muettes sur la question du financement des débiteurs exploitants, mais certains juges canadiens – faisant valoir leur « compétence inhérente » – ont autorisé ce type de financement dans des cas relevant de la LACC.

Le rapport note que les intervenants se demandent si le financement des débiteurs exploitants devrait avoir des fondements législatifs, devrait être imposé aux créanciers sans définir de manière plus précise les circonstances dans lesquelles il est justifié d'y avoir recours, et devrait passer devant les créanciers existants. On craint aussi que les entreprises insolvables – qui peuvent éprouver des difficultés financières et des problèmes de gestion – n'arrivent pas à sortir de l'ornière même avec le financement des débiteurs exploitants, ce qui entraînerait une perte encore plus grande qu'elle ne l'aurait été autrement. L'absence de données sur le succès des réorganisations aux termes de la LACC – et le rôle éventuel du

financement des débiteurs exploitants à cet égard – empêche de tenir un débat véritablement éclairé et utile sur cette question.

3. Les droits des fournisseurs impayés

Les intervenants doutent de l'efficacité de la protection des fournisseurs impayés, c'est-à-dire de la règle des trente jours pour récupérer les marchandises, qui existe dans la LFI depuis 1992. Ils ont des réserves en particulier au sujet du fait que la période de reprise commence à la date de livraison et non à la date de la déclaration de faillite du créancier; que les reprises ne visent que les marchandises qui se trouvent dans l'état où elles ont été livrées; et que les dispositions s'appliquent aux marchandises mais pas aux services.

4. Insolvabilité internationale

CNUDCI – le Groupe de travail des Nations Unies sur le droit de l'insolvabilité – a recommandé que les pays intègrent sa loi-type sur l'insolvabilité internationale à leur législation sur l'insolvabilité. L'adoption de cette loi-type par le Canada exigerait le remplacement de certaines parties de la LFI adoptées en 1997 en réponse à la mondialisation et au nombre croissant de déclarations d'insolvabilité présentant un caractère international. Le rapport d'IC note que l'adoption de la loi-type faciliterait les efforts d'harmonisation déployés au niveau international relativement au traitement de l'insolvabilité internationale, et une interprétation plus uniforme des règles et une administration plus aisée des cas d'insolvabilité internationale.

Le rapport fait état des questions suivantes des intervenants : le Canada devra-t-il adopter une disposition de réciprocité s'il adopte la loi-type; l'adoption de la loi-type peut-elle réduire le nombre des causes d'insolvabilité entendues au Canada; la loi-type doit-elle être adoptée telle quelle ou avec des modifications; et enfin, vaudrait-il mieux adopter certains aspects de la loi-type et les intégrer aux dispositions actuelles de la LFI?

5. Droits contractuels

Le rapport pose la question de savoir jusqu'à quel point la législation sur l'insolvabilité devrait intervenir dans les contrats privés pour tenter d'en maximiser la valeur ou d'assurer une répartition équitable de la valeur en cas d'insolvabilité, en gardant en mémoire le fait que les modalités des contrats sont négociées de bonne foi et reflètent les risques qui y sont associés. Le rapport fait état des inquiétudes des intervenants sur les points suivants : faut-il

suspendre temporairement l'exercice des droits des créanciers garantis en cas de faillite; doit-on intégrer à la LFI des règles régissant les contrats de location; les droits en vigueur en matière de propriété intellectuelle reflètent-ils bien les intérêts opposés des diverses parties concernées?

Les interventions touchant les droits contractuels refoulent les attentes des contractants, réduisent la prévisibilité et la certitude des contrats et accroissent les risques. Le rapport précise que toute intervention devrait être évaluée au regard des avantages qui en découleraient par rapport aux préjudices pouvant en résulter. On fait état de situations illustrant les avantages de la poursuite d'un contrat : permettre au syndic de faire usage de locaux loués pendant que les actifs sont évalués et liquidés et la poursuite de l'exploitation d'un logiciel utilisé en vertu d'une licence quand celui-ci fait partie intégrante de l'entreprise. On pourrait envisager de permettre le maintien des contrats « profitables », mais les créanciers et les débiteurs ne s'entendraient pas nécessairement toujours à ce sujet

6. Administrateurs : responsabilité et sanctions

On se demande dans le rapport si les règles régissant la responsabilité des administrateurs établissent un juste équilibre entre la volonté d'attirer des administrateurs compétents et celle d'imposer un fardeau suffisamment important pour s'assurer que ces administrateurs feront preuve de diligence dans l'exercice de leurs fonctions. Les lois fédérales, provinciales et territoriales assujettissent les administrateurs à une responsabilité personnelle à l'égard de certaines dettes des entreprises, mais dans la plupart des cas, on reconnaît aux administrateurs la défense fondée sur le principe de la diligence raisonnable; dans certains cas cependant, les administrateurs sont assujettis à une responsabilité absolue contre laquelle il n'existe aucune défense.

On note dans le rapport que la réduction du fardeau de la responsabilité personnelle pourrait inciter des personnes compétentes à accepter d'agir à titre d'administrateurs et à demeurer en poste lorsque l'entreprise dont elles s'occupent est en situation d'insolvabilité. Par contre, les administrateurs seraient alors moins incités à s'assurer que les salariés et les autres personnes protégées en vertu des dispositions relatives à la responsabilité des administrateurs touchent les montants auxquels ils ont droit. On envisage plusieurs mesures de réforme, notamment les suivantes : intégrer la responsabilité des administrateurs à l'égard des salaires directement à la LFI, en prévoyant une défense de diligence raisonnable; exonérer les administrateurs de toute responsabilité à l'égard des créances qui surviennent pendant la courte période précédant ou suivant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité; déployer les efforts nécessaires afin de repérer les fautes commises par les administrateurs et de s'y attaquer, tout en exemptant ces administrateurs de toute responsabilité en cas d'insolvabilité.

Le rapport aborde aussi la question des sanctions à l'endroit des administrateurs et des dirigeants dont la conduite est préjudiciable aux créanciers. On se demande si les sanctions

actuelles pour conduite répréhensible sont suffisamment équilibrées pour inciter les personnes compétentes à agir en qualité d'administrateur tout en s'assurant qu'elles exécutent leurs fonctions d'administrateurs avec diligence et si ces sanctions sont dûment appliquées. Actuellement, les administrateurs peuvent être tenus personnellement responsables s'ils omettent de veiller aux intérêts des créanciers lorsque l'entreprise dont ils s'occupent devient insolvable.

On fait remarquer dans le rapport que la récente jurisprudence a contribué à dissuader les administrateurs et les autres dirigeants de prendre des risques excessifs dans leurs efforts visant à rétablir la solvabilité d'une entreprise. On se demande cependant si des dispositions relatives à la destitution des administrateurs pourraient s'avérer efficaces pour écarter les administrateurs incompétents et freiner les abus. On est conscient du fait que celles-ci pourraient être coûteuses à appliquer, compliquer le recrutement de personnes compétentes et nuire à l'aptitude de celles-ci de prendre des décisions. On note dans le rapport que l'interdiction des roulements d'actifs pourrait favoriser l'intégrité dans le régime des faillites, mais que cette solution présente aussi certains désavantages potentiels dans la mesure où elle pourrait réduire le produit de la réalisation des actifs et faire obstacle à la meilleure réaffectation des actifs. Enfin, on aborde aussi la possibilité de donner aux tribunaux le pouvoir de remplacer les administrateurs.

7. Transferts inférieurs à la juste valeur et préférences

On s'interroge dans le rapport sur l'opportunité de moderniser et d'augmenter les dispositions actuelles de la LFI concernant les transferts inférieurs à la juste valeur et les préférences, car celles-ci n'ont pratiquement pas changé depuis la *Loi sur la faillite* de 1919 et sont considérées par beaucoup comme inopérantes dans le contexte actuel. Dans certains cas, les transferts en question peuvent être frauduleux; dans tous les cas, ils se font aux dépens des autres créanciers. Comme les lois provinciales et territoriales régissant les transactions commerciales sont utilisées pour traiter des transactions de nature douteuse, il s'ensuit une fragmentation qui est source de confusion et d'inefficacité dit-on dans le rapport. Il importe donc de déterminer si les dispositions des lois provinciales et territoriales devraient être intégrées à la législation fédérale en matière d'insolvabilité afin d'offrir un cadre législatif exhaustif unique.

On précise dans le rapport que la fraude et l'intention malveillante sont difficiles à prouver, ce qui peut entraîner des litiges longs et coûteux. La solution consiste à mettre l'accent sur le résultat de la transaction plutôt que sur l'intention sous-jacente; cette solution n'est cependant pas exempte de problèmes, particulièrement pour les créanciers qui font tout simplement preuve d'une plus grande diligence dans la perception de leurs comptes ou les tiers qui négocient un marché favorable juste avant une réorganisation ou une déclaration d'insolvabilité.

8. Faillite de courtiers en valeurs mobilières

En 1997, des dispositions ont été ajoutées à la LFI afin de régir les faillites de courtiers en valeurs mobilières. Ce régime prévoit notamment un mécanisme permettant de passer outre au lien fiduciaire entre un courtier en valeurs mobilières et ses clients et permet de mettre en commun la presque totalité des valeurs mobilières et espèces que détient l'entreprise en faillite pour les redistribuer au prorata parmi les clients. Seules les valeurs mobilières « immatriculées » doivent être remises aux clients qui en sont propriétaires. On indique dans le rapport d'IC qu'il pourrait être nécessaire d'adopter certaines modifications de forme pour clarifier des dispositions qui ont fait problème lors de récentes faillites de courtiers en valeurs mobilières.

9. Application de la Loi sur les liquidations et les restructurations

Durant les consultations menées par Industrie Canada, on a abordé la question de savoir s'il vaudrait mieux réserver le recours à la *Loi sur les liquidations et les restructurations* (LLR) aux institutions financières insolvables. On note dans le rapport d'IC qu'avec la LFI, il n'y a peut-être pas de raison de permettre aux entreprises insolvables autres que des institutions financières de se prévaloir de la LLR. En outre, en limitant l'application de la LLR aux seules institutions financières, on contribue à maintenir l'intégrité du système et à traiter de manière uniforme les entreprises dont l'objet est similaire.

10. Exemptions pour les commissions et les bourses de valeurs mobilières

Les autorités chargées de la réglementation des institutions financières – comme les commissions et les bourses de valeurs mobilières – craignent de ne pas pouvoir s'acquitter de leurs responsabilités de réglementation en cas de suspension des procédures associée à une réorganisation. On note dans le rapport que les intervenants seraient majoritairement en faveur de l'exemption des organismes de réglementation de l'application des dispositions relatives aux suspensions de procédures. Ils seraient ainsi en mesure d'intervenir auprès des entreprises qui agissent mal, particulièrement au moment où leur rôle de contrôle et de surveillance est le plus crucial.

11. Responsabilités des syndics en tant que nouvel employeur

Le rapport d'IC fait valoir la nécessité de réévaluer la responsabilité des syndics qui assument le rôle de nouvel employeur. En particulier, les syndics, les séquestres et les autres administrateurs de dossiers d'insolvabilité peuvent être tenus personnellement responsables relativement aux obligations d'un débiteur en faillite ou insolvable à l'égard notamment des salaires, des paies de vacances, des indemnités de cessation d'emploi et des engagements relatifs au régime de pensions, même s'ils n'étaient pas au courant de ces obligations quand ils ont accepté de faire office de syndic, de séquestre ou d'administrateur.

Certains craignent que plus personne n'accepte de se charger de ces fonctions si les risques associés aux obligations des nouveaux employeurs sont trop grands. D'ailleurs, ils ne sont pas nécessairement en mesure d'évaluer ces risques correctement et rapidement au moment où ils acceptent leur charge. On propose dans le rapport de limiter la responsabilité pour encourager les gens à accepter ce type de nomination, mais cela réduirait les recours des salariés et des retraités, ce qui revient à transférer le risque des syndics, séquestres et administrateurs aux salariés et aux retraités.

Les intervenants qui ont participé aux consultations organisées par Industrie Canada ont soulevé plusieurs questions relativement à l'insolvabilité des consommateurs et il s'est dégagé un consensus sur certaines, dont les privilèges des consommateurs, l'augmentation des faillites de particuliers, les prêts étudiants et les cessions de salaire. De vives divergences de vues séparent cependant les intervenants au sujet de l'opportunité d'une liste fédérale des biens insaisissables, des régimes enregistrés d'épargne-retraite (REER) et des régimes enregistrés d'épargne-études (REEE), des ententes de réaffirmation, de la rationalisation de l'administration sommaire, de l'exécution d'une garantie à l'égard des biens ménagers d'un failli et du crédit-conseil obligatoire.

1. Liste fédérale des biens insaisissables et le cas des REER et des REEE

Actuellement, ce sont les provinces et les territoires qui décident de la nature et de la valeur des biens qui échappent à saisie en cas de faillite et ce, depuis 1919. Par conséquent, les exemptions ne sont pas uniformes dans tout le Canada, ce qui peut être une cause de souci, car elles ont pour rôle de veiller à ce que les faillis puissent repartir sur de bonnes bases. Si certaines personnes estiment qu'une liste fédérale de biens insaisissables permettrait d'assurer un traitement équitable des faillis dans tout le Canada, d'autres sont d'avis que des exemptions de saisie par province ou par territoire reflètent plus fidèlement la réalité et le coût de la vie au niveau local.

On propose dans le rapport une liste fédérale de biens insaisissables d'application facultative qui serait mise à jour périodiquement pour tenir compte de l'évolution du coût de la vie. Dans cette proposition, les faillis pourraient choisir le régime qu'ils préfèrent (liste fédérale ou provinciale/territoriale) au moment de la déclaration de faillite, mais cette solution ne règle pas la question de l'uniformité des exemptions dans tout le pays. D'autres solutions sont envisagées : une liste fédérale comme norme minimale à utiliser lorsque les normes provinciales sont moindres; ou une liste fédérale qui remplacerait les listes provinciales courantes. La notion de plafond – associé aux exemptions de saisie provinciales ou fédérales – a aussi reçu des appuis durant les consultations d'Industrie Canada.

En ce qui concerne les régimes enregistrés d'épargne-retraite, le rapport note que certains mécanismes d'épargne en vue de la retraite – comme les régimes de pension enregistrés, les REER immobilisés et les REER d'une compagnie d'assurance-vie – échappent à la saisie en cas de faillite. D'autres, notamment les REER détenus par les banques, par les maisons de courtage ou dans des comptes de REER autogérés, ne sont pas exemptés. Des intervenants

sont d'avis que, pour des raisons d'équité, tous les mécanismes d'épargne-retraite devraient être traités de la même manière; de ce point de vue, les REER de compagnie d'assurance devraient échapper à la saisie s'ils sont immobilisés.

Le rapport fait état d'arguments contre ce traitement des REER autres que ceux d'une compagnie d'assurance : ce type de disposition réduirait les sommes que peuvent recouvrer les créanciers; les REER peuvent être utilisés à d'autres fins que la retraite; les titulaires de REER peuvent protéger leur REER en ayant recours aux régimes immobilisés des compagnies d'assurance. On formule quand même des propositions de changement dans le rapport : exempter les REER immobilisés au moment de la faillite accessibles uniquement à l'âge de la retraite; ne pas exempter les cotisations au titre d'un REER versées par le débiteur au cours d'un nombre donné d'années précédant la faillite; préciser que les revenus tirés d'un REER par une personne à la retraite seront traités comme les autres revenus et assujettis aux normes de la LFI en matière de revenus excédentaires; plafonner l'exemption maximale en tenant compte de l'âge du failli et du montant maximal au titre de la cotisation à un REER l'année de la faillite; ne pas exempter les REER puisqu'ils sont identiques aux autres placements.

Le rapport aborde enfin la question des régimes enregistrés d'épargne-études. On se demande en particulier si les montants investis dans un REEE doivent échapper à la saisie si la personne titulaire du compte fait faillite. Actuellement, la faillite du titulaire du compte entraîne la saisie du solde pour payer les créanciers et la remise des contributions du gouvernement fédéral au Trésor.

La principale difficulté semble être de trouver le juste milieu : est-il équitable d'exempter les REEE de la saisie et donc de réduire les sommes que peuvent récupérer les créanciers et y va-t-il de l'intérêt public de promouvoir l'éducation par cette voie? On note aussi dans le rapport d'IC que toute exemption et tout octroi de priorités supplémentaires iraient peu à peu à l'encontre de l'objectif fondamental de la faillite, qui consiste à redistribuer le produit de la liquidation de l'actif le plus efficacement et le plus équitablement possible. On a noté aussi le parallèle entre les REER et les REEE – et la question de l'intérêt public qui se pose dans les deux cas. Les intervenants ont proposé des solutions similaires à celles qui visent les REER : obligation de cotiser à un REEE immobilisé et récupération des cotisations versées l'année précédant la faillite. On propose aussi que les REEE répondent aux exigences propres aux fonds en fiducie, ce qui mettrait les fonds à l'abri de la saisie, mais réduirait quelque peu la souplesse des REEE.

2. Ententes de réaffirmation

On signale dans le rapport les préoccupations des intervenants qui se demandent si les ententes de réaffirmation, qui prévoient le rétablissement d'une dette libérée par la faillite, devraient être légales. Ces ententes ne sont pas réglementées par la LFI. Certains

intervenants estiment que l'existence de ces ententes porte atteinte au principe du nouveau départ, bien qu'elles soient parfois la seule façon pour un failli d'obtenir du crédit.

Une des propositions énoncées dans le rapport consiste à interdire les ententes de réaffirmation à l'égard des transactions non garanties, mais à permettre certains paiements, s'ils sont approuvés par le séquestre officiel ou le tribunal ou s'ils sont faits volontairement à un membre de la famille. Dans certains cas limités, on autoriserait les ententes de réaffirmation à l'endroit de transactions garanties. On propose aussi d'interdire les ententes de réaffirmation dans tous les cas, ce qui appuierait le principe du nouveau départ, mais aurait peut-être des conséquences sur l'offre et le coût du crédit. Ces ententes seraient interdites même quand elles pourraient être dans l'intérêt des deux parties.

3. Administration sommaire

Pour les débiteurs à revenu modeste dont les actifs n'ont qu'une faible valeur, il pourrait être souhaitable d'instituer une procédure simplifiée de faillite. La législation canadienne en matière de faillite a été élaborée pour résoudre les faillites d'entreprises. C'est en 1949 seulement qu'ont été ajoutées à la *Loi sur la faillite* les dispositions relatives à la procédure sommaire. Actuellement, ces dispositions s'appliquent aux faillites de débiteurs non constitués en personne morale dont les actifs réalisables ne dépassent pas 10 000 $. On note dans le rapport que la procédure en question demeure relativement complexe. En outre, vu la multiplication des faillites de particuliers – surtout parmi les débiteurs ayant un faible revenu et possédant peu d'actifs – il serait utile de traiter ces faillites le plus rapidement et au moindre coût possible.

Les propositions de réforme avancées par les intervenants sont les suivantes : modifier le processus pour en éliminer les procédures qui n'ajoutent aucune valeur au dossier; permettre aux créanciers, au BSF et aux syndics d'intervenir dans certains cas de faillite assujettis à la procédure d'administration sommaire; et permettre que certaines tâches administratives ne soient accomplies que si les créanciers le demandent. Avec de tels changements, cependant, il faudrait veiller à protéger l'intégrité du système et prévenir les abus, éventuellement en imposant un délai de trois ans pour la libération du débiteur.

4. Biens ménagers

Le rapport pose la question de savoir s'il y a lieu de modifier les dispositions courantes permettant l'exécution de contrats de garantie à l'égard des biens ménagers d'un débiteur à la suite d'une faillite. Dans la plupart des provinces/territoires, les créanciers peuvent prendre en garantie les biens personnels se trouvant dans la résidence d'un débiteur. Cette disposition inspire certaines réserves, car dans les cas où le consommateur deviendrait

insolvable ou ferait faillite, un créancier, en menaçant de saisir les biens concernés, pourrait obtenir un montant supérieur à leur valeur réelle en tirant avantage de la volonté du débiteur de conserver ces biens.

Certains intervenants estiment que ces dispositions entraînent des abus à l'endroit des faillis et de leur famille. On propose entre autres dans le rapport que les sûretés accordées sur des biens qui n'ont pas été vendus par le créancier ne soient pas exécutoires en cas de faillite et de proposition de consommateur. Cette solution permettrait aussi de mieux protéger les biens exempts de saisie et forcerait un créancier garanti à payer les montants exemptés avant de se prévaloir de sa sûreté. On a aussi proposé de traiter les véhicules à moteur différemment des autres biens ménagers. L'imposition d'une limite à la portée des sûretés touchant les biens ménagers pourrait toutefois restreindre l'accès au crédit pouvant servir à l'achat de ces articles.

5. Crédit-conseil obligatoire

Depuis les modifications apportées à la LFI en 1992, les personnes qui font faillite pour la première fois doivent participer à des séances de consultation en matière de crédit avant de bénéficier d'une libération automatique. Les débiteurs qui soumettent une proposition de consommateurs sont soumis à la même obligation. Le rapport d'IC note que le crédit-conseil est bénéfique à maints égards et semble avoir eu un impact limité sur les coûts de fonctionnement, de telle sorte que les créanciers ne sont pas indûment pénalisés par le fait que ces séances de consultation sont financées à même l'avoir du failli.

Il reste que certains intervenants estiment que le crédit-conseil devrait être facultatif, à la discrétion du débiteur, du syndic ou du surintendant des faillites. D'autres proposent davantage de crédit-conseil, ou que le crédit-conseil commence plus tôt dans le processus, ou qu'il soit obligatoire dans tous les cas. On met aussi de l'avant l'idée d'un programme complet d'éducation des jeunes sur les finances personnelles.

Ceux qui sont contre l'obligation de suivre des séances de consultation trouvent qu'elles interviennent trop tard dans le processus et manquent donc d'efficacité et que, au demeurant, la faillite personnelle résulte le plus souvent non pas d'une mauvaise gestion des finances personnelles, mais de la faillite d'une entreprise, d'une perte d'emploi ou d'un changement d'état matrimonial.

6. Privilèges des consommateurs

Actuellement, les consommateurs qui déposent une somme d'argent pour l'achat de biens ou de services auprès d'un vendeur, mais qui ne reçoivent pas ces biens et ces services parce que

le vendeur déclare faillite ultérieurement, ne bénéficient d'aucune protection. En tant que créanciers non garantis, ces consommateurs ont peu de recours; dans la majorité des cas d'ailleurs, ils ne se considèrent pas comme des créanciers et n'avaient pas l'intention de s'exposer à un risque.

On note dans le rapport que l'octroi d'un privilège de consommateur accroîtrait les chances de ces consommateurs de récupérer leur mise, mais cela aurait pour effet d'accorder une protection législative à un groupe donné de créanciers aux dépens des autres, ce qui pourrait influer sur l'offre de crédit. On propose une solution plus molle consistant à accorder aux dépôts de consommateurs le statut de créance privilégiée en leur donnant préséance sur les créances ordinaires mais non par rapport aux créances garanties. Cette solution aurait sans doute moins de conséquences sur l'offre de crédit. La question pourrait aussi être réglée par la voie de mesures législatives provinciales/territoriales en matière de protection des consommateurs, mais cela pourrait soulever des problèmes constitutionnels si une loi provinciale/territoriale en ce sens précisait que ces mesures s'appliquent aux faillites.

7. Prêts étudiants

En 1998, le gouvernement a apporté des modifications à la LFI dans le cadre de son budget. En vertu de ces modifications, toute personne qui a une dette découlant d'un prêt étudiant et qui fait faillite pendant qu'elle est étudiante ou dans les 10 années après la fin de ses études ne pourra obtenir la libération de la dette liée aux prêts étudiants. Avant cette date, la restriction s'appliquait à une période de deux ans après la fin des études. Le changement en question est le résultat du budget de 1998 dans lequel le gouvernement a apporté plusieurs changements au programme fédéral de prêts étudiants et prévu diverses mesures d'allégement.

On se demande dans le rapport d'IC s'il y a lieu de modifier la période de dix ans durant laquelle les étudiants en faillite ne peuvent pas obtenir de libération de leurs dettes. Les intervenants estiment que cette restriction est trop dure et injuste et que les prêts étudiants devraient être traités de la même manière que tous les autres dettes à la consommation. On propose entre autres de ramener la période de restriction à cinq ans et de faire des prêts étudiants une créance privilégiée qui serait toujours incluse dans la faillite.

8. Cessions de salaire

Les cessions de salaire, permises dans certaines provinces, sont une forme de sûreté pour les prêts à la consommation accordés par des coopératives d'épargne et de crédit et où la garantie est constituée par une portion des salaires futurs de l'emprunteur. Avec les modifications apportées à la LFI en 1992, les cessions de salaires présents ou futurs qui ont

été faites avant la faillite ne s'appliquent pas aux salaires gagnés après la faillite, avec le résultat que les autres créanciers reçoivent maintenant des sommes qui revenaient autrefois aux coopératives d'épargne et de crédit. Avant ce changement, les cessions de salaire étaient exécutoires contre des salaires gagnés entre le moment de la faillite et celui de la libération.

On note dans le rapport d'IC que certains intervenants, surtout parmi les institutions financières, aimeraient que l'on rétablisse l'efficacité des cessions de salaires. On précise par contre que, étant donné que la garantie au titre d'une cession de salaire consiste en une partie importante des gains futurs d'un débiteur, l'exécution d'une cession de salaire dans le cadre d'une faillite peut compromettre sérieusement les chances du débiteur d'obtenir un nouveau départ. La possibilité pour un créancier d'avoir recours à la cession de salaire réduit aussi les montants pouvant être recouvrés par les autres créanciers dans une faillite. Cependant, ces cessions de salaires peuvent représenter la seule garantie que peut offrir un débiteur. En outre, comme les cessions de salaires réduisent le risque auquel s'exposent les coopératives d'épargne et de crédit, elles peuvent avoir un effet bénéfique sur l'offre et le coût du crédit.

ANNEXE D : POINT DE VUE INTERNATIONAL SUR LA LOI EN MATIÈRE D'INSOLVABILITÉ

A. États-Unis

Aux États-Unis, le *Bankruptcy Reform Act* de 1978 – souvent appelé le *Bankruptcy Code* – est le principal texte législatif portant sur la faillite. Depuis que cette loi est entrée en vigueur, en novembre 1979, elle a été modifiée un certain nombre de fois, notamment par le *Bankruptcy Amendments and Federal Judgeship Act* de 1984, le *Bankruptcy Judges, United States Trustees, and Family Farmer Bankruptcy Act* de 1986 et le *Bankruptcy Reform Act* de 1994. Le chapitre 11 prévoit les principales procédures relatives à l'insolvabilité et on y a souvent recours de préférence au chapitre 7. Le chapitre 11 porte sur la réorganisation tandis que le chapitre 7 traite de la liquidation, et il est utilisé surtout par ceux qui veulent se libérer de leur dette; en outre, les chapitres 12 et 14 portent également sur la réorganisation.

On peut présenter une requête en faillite en vertu des chapitres 7, 11, 12 ou 13, bien que les requêtes non volontaires – formulées par les créanciers – ne puissent se faire qu'aux termes des chapitres 7 et 11. La plupart des mesures prévues au chapitre 11 sont volontaires, et l'insolvabilité n'est pas exigée pour la présentation d'une requête en vertu du chapitre 11. Il peut également y avoir des réorganisations en vertu du chapitre 12 – qui s'applique aux agriculteurs – et du chapitre 13, auquel ont recours le plus souvent les consommateurs endettés qui ont un revenu régulier. Alors que les consommateurs ne peuvent recourir au chapitre 7 que tous les six ans, il n'y a pas de limite au nombre de fois où ils peuvent présenter une requête en vertu du chapitre 13, pourvu que les pourcentages préétablis de la dette aient été remboursés.

À la différence d'un certain nombre d'autres pays industrialisés – exception faite du Canada– , pendant les réorganisations aux termes du chapitre 11, l'entreprise conserve les fonctions de contrôle et de gestion, bien qu'elles soient assorties de certaines restrictions. Le tribunal doit approuver toutes les aliénations de biens en dehors du cours normal des affaires, et on prévoit la nomination d'un syndic ou d'un examinateur par le tribunal, bien que cela se fasse rarement. Le plus souvent, les procédures prévues aux chapitres 12 et 13 comprennent la nomination d'un syndic chargé de surveiller les actifs du débiteur, même si ce dernier en conserve le contrôle.

Lorsqu'il y a réorganisation, le débiteur, qu'il s'agisse d'un consommateur ou d'une société, est tenu de produire une proposition de réorganisation à des assemblées des catégories de

créanciers et ceux dont les droits sont brimés par la proposition peuvent voter. En outre, la proposition doit être approuvée par le tribunal, qui tient compte de critères d'équité et doit avoir la conviction que la proposition est applicable et que les créanciers dissidents recevront au moins autant, aux termes de la proposition, que si l'entreprise était liquidée. Le tribunal peut refuser de tenir compte du vote des créanciers rejetant la proposition et le confirmer, s'il estime que les créanciers seraient traités équitablement. Dans les recours au chapitre 13, la période maximum de réaménagement de la dette est de cinq ans.

Les procédures aux termes du chapitre 7 – dont l'initiative peut venir du débiteur ou des créanciers – exigent la nomination d'un syndic, qui saisit les actifs non exemptés du débiteur, les liquide et distribue le produit aux créanciers. Le *Bankruptcy Code* établit la priorité dans les intérêts des créanciers.

Le *Bankruptcy Code* des États-Unis prévoit aussi des exemptions fédérales, bien que chacun des États ait la liberté d'établir ses propres exemptions et d'empêcher ses administrés de se prévaloir des exemptions fédérales. Si l'État où il habite n'a pas établi ses propres exemptions et n'a pas interdit à ses administrés de se prévaloir des exemptions fédérales, le failli peut choisir d'appliquer les exemptions fédérales ou celles de l'État.

Les exemptions prévues par les autorités fédérales sont les suivantes :

- une propriété familiale comprenant des biens immobiliers jusqu'à concurrence d'une certaine valeur maximum;
- les versements de pension alimentaire et de soutien des enfants;
- les pensions et prestations de retraite;
- des objets ménagers et des meubles jusqu'à concurrence d'une certaine valeur maximum;
- les produits de santé;
- les bijoux, jusqu'à concurrence d'une certaine valeur maximum;
- les paiements relatifs aux gains perdus;
- un véhicule moteur jusqu'à concurrence d'une certaine valeur maximum;
- les prestations d'indemnisation pour accident du travail, jusqu'à concurrence d'une certaine valeur maximum;
- les prestations pour les décès causés par un délit et l'indemnisation des victimes;
- les prestations d'assistance publique, de la sécurité sociale, de chômage et d'anciens combattants;
- les outils professionnels, jusqu'à concurrence d'une valeur maximum;
- des biens jusqu'à concurrence d'une valeur maximum;

- d'autres exemptions liées aux polices d'assurance.

Les exemptions prévues par les États varient assez largement d'un État à l'autre, de sorte que les débiteurs sont traités assez différemment selon leur État de résidence.

Les procédures de faillite se terminent lorsque le tribunal de la faillite prend une ordonnance de libération à l'égard des dettes dont le failli peut être libéré. Cette ordonnance est généralement prise au plus tard six mois après la présentation d'une requête en faillite par le débiteur, ce qui coïncide avec l'expiration de la période fixée pour déposer une plainte faisant objection à la libération ou une motion portant rejet de la demande pour motif d'abus substantiel de la procédure. La plainte peut être déposée par un créancier, le syndic chargé de l'affaire ou le syndic des États-Unis. Le dépôt de la plainte constitue l'amorce d'une action en justice appelée « procédure contradictoire » dans laquelle la charge de la preuve revient à la partie qui présente l'objection. Une libération peut être révoquée dans certaines circonstances. La faillite reste consignée au dossier de crédit du débiteur pendant un maximum de dix ans. Enfin, un débiteur libéré peut rembourser de son propre gré toute dette dont il a été libéré.

En ce moment, le Congrès est saisi d'une proposition prévoyant une vaste réforme de la législation sur la faillite. Le chapitre 15 qui est proposé appliquerait dans la mesure du possible la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité dans un contexte international. La version actuelle du chapitre 12 n'exige pas la réciprocité, pas plus que la loi type ne le fait.

B. Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, un certain nombre de possibilités s'offrent aux débiteurs insolvables, notamment les suivantes : les ordonnances d'administration, les arrangements volontaires individuels et la faillite. Il peut y avoir ordonnance d'administration lorsqu'un ou plusieurs créanciers obtiennent une décision de la cour contre un débiteur dont la dette n'est pas supérieure à 5 000 £. Il s'agit d'une procédure judiciaire prévoyant que le débiteur verse des paiements réguliers au tribunal pour le remboursement des créanciers.

Dans les cas d'arrangement individuel volontaire, le débiteur présente une proposition officielle aux créanciers prévoyant le paiement de tout ou partie de ses dettes. Il demande au tribunal une ordonnance provisoire et choisit un spécialiste en insolvabilité autorisé, qui présente au tribunal les détails de la proposition et précise s'il y a lieu de convoquer une assemblée des créanciers pour étudier la proposition. Si des créanciers dont les créances représentent plus de 75 % de la dette se prononcent en faveur de la proposition, celle-ci est acceptée, et elle lie tous les créanciers autorisés à voter. Le spécialiste surveille l'application de l'arrangement et paie les créanciers conformément à la proposition.

Le tribunal rend une ordonnance de faillite après qu'une requête en faillite a été présentée par le débiteur ou un ou plusieurs créanciers ordinaires qui détiennent une créance d'au moins 750 £. Un séquestre officiel – qui est un agent du tribunal – est chargé d'administrer les biens du failli et agit comme syndic, à moins qu'un spécialiste en insolvabilité ne soit nommé. Il examine les affaires financières du failli avant et durant la faillite et il fait rapport au tribunal et aux créanciers.

À quelques exceptions près, le séquestre officiel ou le syndic contrôle les biens du failli – sous réserve de certaines exemptions – et les liquide, le produit servant à payer les frais, les coûts et dépenses de la faillite et les créanciers. Il y a deux grandes catégories d'exemptions, une pour les biens nécessaires pour gagner sa vie, et l'autre pour les articles ménagers nécessaires pour satisfaire les besoins élémentaires. Plus particulièrement, les exemptions – qui ne sont assorties d'aucune limite de valeur, le syndic étant habilité à établir cette valeur en fonction de la situation de la personne ou de la famille – sont les suivantes :

- les outils, les livres, les véhicules et les autres éléments d'équipement nécessaires à l'usage personnel, dans le cadre d'un emploi, d'une entreprise ou de l'exercice d'une profession;
- les vêtements, les articles de literie, les meubles et le matériel et les fournitures du ménage nécessaires pour répondre aux besoins élémentaires du failli et de sa famille.

De plus, le syndic ne peut généralement pas réclamer une pension comme un actif si la requête en faillite a été présentée le 29 mai 2000 ou après, pourvu que le régime de pension

ait été approuvé par le ministère du Revenu intérieur; les syndics peuvent réclamer certains types de pension lorsque les requêtes ont été présentées avant cette date. Le syndic peut habituellement réclamer tout intérêt que le failli possède dans une police d'assurance-vie. En outre, il peut demander au tribunal, à l'égard des versements de revenus, une ordonnance qui exigerait du failli des contributions à la dette de faillite prélevées sur son revenu, jusqu'à la libération du failli. Cette ordonnance ne sera pas accordée si cela risque de laisser au débiteur un revenu insuffisant pour répondre aux besoins raisonnables de sa famille ou de lui-même.

En ce moment, la libération du failli a lieu automatiquement après trois ans, mais, si l'ordonnance de faillite fait état d'un certificat d'administration sommaire – où le failli a présenté lui-même la requête et où les créances ordinaires sont inférieures à 20 000 £ –, elle a lieu au bout de deux ans. Si l'ordonnance est annulée, la libération est automatique. Ces dispositions changeront par suite de l'*Enterprise Act 2002*, comme on l'explique plus loin. Néanmoins, si le failli n'a pas honoré ses obligations aux termes des dispositions sur la faillite, le séquestre officiel peut demander au tribunal le report de la libération. De plus, la libération n'est pas automatique si le failli a subi dans les 15 années précédentes une faillite qui n'a pas été suivie de libération. Le failli peut cependant demander sa libération à tout moment au tribunal dans les cinq ans suivant l'ordonnance de faillite en vigueur, et le tribunal peut refuser ou retarder la libération ou l'assortir de conditions. L'*Enterprise Act 2002* modifiera aussi cette disposition.

Au Royaume-Uni, les entreprises en difficulté financière ont diverses possibilités qui s'offrent à elles : administration; arrangements volontaires; mise sous séquestre; liquidation; dissolution. Depuis 1985, il existe deux formes de procédure de sauvetage. Les administrateurs de la société, la société elle-même ou les créanciers peuvent demander une ordonnance d'administration – ordonnance judiciaire. Il faut établir que la société est insolvable ou presque et que l'ordonnance permettrait d'atteindre un ou plusieurs des quatre buts suivants, dont l'un se rapporte à la procédure des arrangements volontaires adoptée en 1985; les trois autres sont la survie de la société comme entreprise en exploitation, un concordat ou un arrangement approuvé par le tribunal, ou une meilleure réalisation des actifs que ce que permettrait la liquidation.

La formule des arrangements volontaires a été conçue comme un compromis permettant à une entreprise débitrice de présenter une proposition aux créanciers, un spécialiste en insolvabilité faisant rapport au tribunal sur la viabilité de la proposition. Le tribunal a alors la possibilité de prendre une ordonnance d'administration.

Enfin, l'*Enterprise Act 2002* – conçu pour renforcer l'entreprise et la productivité – a apporté des modifications relativement importantes aux dispositions législatives sur l'insolvabilité dans des parties du Royaume-Uni. Les modifications relatives à l'insolvabilité des particuliers entreront en vigueur le 1er avril 2004, tandis que celles qui visent les sociétés s'appliquent depuis le 15 septembre 2003. La plupart des dispositions s'appliqueront dans l'ensemble du Royaume-Uni, mais les réformes portant sur la faillite concernant la libération

ne s'appliqueront qu'en Angleterre et au pays de Galles, et les réformes visant l'insolvabilité des sociétés ne s'appliqueront pas en Irlande du Nord.

Les modifications portent notamment sur la libération automatique des faillis. Les personnes qui ont fait faillite après le 1er avril 2004 seront automatiquement libérées après un an, au lieu des deux ou trois ans actuellement prévus. De plus, pour les faillis qui n'ont pas été libérés après une faillite survenue au cours des 15 années précédentes, la libération aura lieu à la plus hâtive des dates suivantes : 1er avril 2009 ou une date fixée par le tribunal; les faillis peuvent demander leur libération au tribunal cinq ans après la date de l'ordonnance de faillite en cours et, si cette date est antérieure au 1er avril 2009, les faillis peuvent alors demander leur libération au tribunal. Quant à l'insolvabilité des sociétés, l'*Enterprise Act 2002* abolira le droit privilégié de la Couronne de recouvrer les impôts non acquittés, en priorité sur les autres créanciers et elle prévoit que les créanciers se partageront à peu près 20 % du produit de la liquidation des garanties des obligations (stocks et comptes débiteurs), jusqu'à concurrence d'un maximum de 600 000 £.

C. Australie

En Australie, le *Bankruptcy Act 1966* porte sur les faillites personnelles et les autres arrangements possibles avec les créanciers, tandis que le *Corporations Law* traite des faillites de sociétés. Bien que cette dernière loi s'applique uniformément dans le pays, des lois d'État et des lois territoriales ont été promulguées pour des raisons d'ordre constitutionnel.

Les possibilités qui s'offrent aux consommateurs insolvables qui ne peuvent acquitter leurs dettes dans les délais prévus sont les suivantes :

- aux termes des parties IX et X du *Bankruptcy Act*, les débiteurs peuvent conclure avec les débiteurs des arrangements prévoyant le paiement d'un montant inférieur à celui de la dette, un moratoire sur les remboursements, des transferts de biens à un ou à plusieurs créanciers pour acquitter tout ou partie de la dette ou des versements périodiques aux créanciers prélevés sur les revenus du débiteur; ou
- les débiteurs peuvent faire administrer leur patrimoine en faillite, que la faillite soit volontaire ou – plus rarement – qu'elle soit imposée au failli par suite d'une requête d'un créancier.

En vertu d'un accord conclu aux termes de la partie IX, le débiteur doit :

- ne pas avoir fait faillite et ne pas avoir eu recours à un accord ou ne pas avoir obtenu une autorisation aux termes de la partie X du *Bankruptcy Act* dans les dix années précédentes;
- avoir un revenu après impôt de moins de 50 000 $ AUS environ;
- avoir des créances non garanties de moins de 67 000 $ AUS environ;
- avoir des biens non exemptés de la faillite évalués à moins de 67 000 $ AUS environ.

Les possibilités offertes par les arrangements prévus aux termes de la partie X comprennent :

- un acte de cession en vertu duquel le débiteur attribue à ses créanciers tous ses biens qui peuvent être répartis;
- un concordat, aux termes duquel les créanciers acceptent un remboursement échelonné ou un paiement partiel comme règlement entièrement satisfaisant;

- un arrangement en vertu duquel le débiteur rembourse tout ou partie de ses dettes, mais selon des modalités qui ne correspondent pas à la définition d'un concordat ou d'un acte de cession.

Dans la plupart des cas, les biens acquis subséquemment ne sont pas touchés, et le débiteur n'a pas l'obligation de faire aux créanciers des versements prélevés sur ses revenus.

Pour éviter la faillite, le débiteur peut prendre d'autres arrangements avec ses créanciers et leur présenter une proposition au cours d'une assemblée. Pour conclure un arrangement qui lie tous les créanciers possédant des créances prouvables, il faut que la proposition soit approuvée par la majorité des créanciers qui votent à l'assemblée et dont les créances représentent 75 % de la valeur de leur dette.

Les débiteurs à faible revenu qui n'ont que peu ou pas du tout de biens, qui ont peu de créanciers, qui sont peu rentables et ont des ressources financières trop faibles pour pouvoir faire un acte de cession ou conclure un arrangement, parce qu'ils sont incapables d'en assumer les coûts, peuvent conclure un accord sur leurs créances pourvu qu'ils satisfassent à certaines conditions relatives à leurs biens, à leur passif et à leur revenu après impôt. Dans le cadre cette procédure, le débiteur présente une proposition et un état de ses affaires au séquestre officiel. Ce dernier, après avoir établi que le débiteur satisfait aux exigences d'admissibilité, informe les créanciers de la proposition, leur communique un résumé de l'état des affaires du débiteur et permet aux créanciers de voter sur la proposition. Pour que l'accord lie les créanciers, il faut qu'il soit appuyé par la majorité des créanciers qui se prononcent et dont les créances représentent au moins 75 % de la valeur des créances.

Un débiteur qui demande la faillite de son propre gré présente une requête au séquestre officiel ainsi qu'un état de ses affaires donnant les détails sur sa situation personnelle ainsi que sur ses biens, son passif et ses revenus. Le débiteur devient un failli lorsque la requête est acceptée. Le séquestre officiel devient alors le syndic, à moins que le débiteur ne désigne un syndiqué privé autorisé.

Il y a faillite involontaire lorsqu'un créancier présente une requête à la Cour fédérale ou à la Cour des magistrats fédéraux. Il faut que les conditions suivantes soient respectées : un acte de faillite dans les six mois précédents; un rapport de juridiction précis avec l'Australie; une créance du débiteur de 2 000 $ AUS, après liquidation, envers le créancier. À l'audience sur la requête, le créancier est tenu de prouver : les faits énoncés dans la requête; la remise de la requête; le fait que la dette est en souffrance. Le tribunal peut décider de la mise sous séquestre, ce qui est une ordonnance faisant du débiteur un failli.

Le failli est automatiquement libéré trois ans après le dépôt de l'état de ses affaires, à moins qu'une objection ne soit présentée. Par exemple, l'objection d'un syndic peut prolonger la faillite de cinq ans dans certaines circonstances. Le failli peut être en mesure de demander une libération hâtive six mois après le dépôt de l'état de ses affaires, bien que cette disposition ne s'applique qu'aux faillites inscrites auprès du séquestre officiel avant le 5 mai

2003. Les faillis qui ont un revenu relativement élevé doivent verser à partir de leur revenu des contributions à leur faillite, le montant étant calculé en tenant compte du revenu net après impôt et des pensions alimentaires pour enfants. Il est interdit aux créanciers de recouvrer de l'argent auprès d'un failli, exception faite des créanciers garantis avec qui le failli a conclu un arrangement pour conserver un bien garanti, dans le cas d'un prêt hypothécaire, par exemple.

L'Australie prévoit la possibilité de soustraire des biens à la faillite. Ces exemptions sont uniformes dans tout le pays. Il n'y a à cet égard aucune différence entre les États sur les plans du type de bien ou de la valeur. Les principaux biens soustraits à la faillite sont les suivants :

- biens détenus en fiducie par le failli pour un tiers;
- biens familiaux du failli dans des limites raisonnables, compte tenu des normes sociales qui ont cours ou qui sont exemptés en vertu d'un règlement ou d'un accord avec les créanciers;
- biens utilisés par le failli pour gagner un revenu jusqu'à concurrence d'un maximum prescrit, qui peut aussi être relevé par les créanciers ou le tribunal;
- biens utilisés par le failli surtout pour le transport, jusqu'à concurrence d'un maximum prescrit ou selon la limite approuvée par les créanciers;
- intérêts prescrits dans des assurances-vie ou des assurances mixtes, dans des caisses de retraite réglementées ou des dépôts approuvés;
- indemnisations pour préjudices corporels et biens achetés au moyen de cet argent protégé;
- montants versés au failli à titre de prêts pour la libération, le soutien du ménage ou le rétablissement en vertu de divers programmes des États ou des autorités fédérales pour le soutien rural.

Les entreprises insolvables ont diverses possibilités : arrangement sanctionné par le tribunal; nomination d'un syndic ou autre contrôleur; administration volontaire; liquidation; liquidation provisoire. Depuis le milieu de 1993, l'Australie a une procédure d'administration volontaire permettant à une société ou à ses administrateurs de déclencher la procédure, et aux créanciers garantis ayant des droits sur tous les biens ou presque de faire nommer un administrateur. Une fois nommé, celui-ci contrôle les activités de l'entreprise, ses biens et ses affaires et il agit comme mandataire de la société. Il doit tenir une assemblée des créanciers, et ceux-ci doivent se réunir pour décider du sort de la société; ils peuvent recevoir un rapport sur l'entreprise, ses biens, ses affaires et sa situation financière ainsi qu'une évaluation permettant de savoir s'il serait dans leur intérêt que la société applique un accord de cession, qu'elle liquide ses actifs ou que l'administration prenne fin.

En septembre 2002, le procureur général de l'Australie a annoncé que le gouvernement ferait un examen approfondi de la partie X du *Bankruptcy Act 1966*, qui prévoit un mécanisme permettant aux débiteurs de prendre des arrangements avec les créanciers sans déclarer faillite. Cet examen a été entrepris parce qu'on craignait que certains débiteurs n'abusent des dispositions existantes. Cet examen qui a été confié à l'Insolvency and Trustee Service Australia (ITSA) – chargé de l'administration et de la réglementation du régime de l'insolvabilité personnelle – et au ministère du Procureur général, en consultation avec le Bankruptcy Reform Consultative Forum, a abouti à la publication d'un document de travail qui décrit des propositions de modifications législatives afin que le public puisse les commenter.

Le *Bankruptcy Legislation Amendment Act Bill 2002* a été présenté pour répondre aux inquiétudes selon lesquelles le système favorisait le débiteur, pour corriger des injustices et des anomalies, et pour rationaliser l'administration des faillites par les syndics. Le projet de loi visait notamment à :

- donner aux séquestres officiels la possibilité de rejeter la requête d'un débiteur lorsqu'il semble que, dans des délais raisonnables, il peut rembourser toutes les dettes énumérées dans l'état de ses affaires, lorsque la requête semble être une utilisation abusive du système ou lorsque le débiteur a déjà fait faillite, à sa propre requête, au moins trois fois en tout ou au moins une fois dans les cinq années précédentes;
- abolir la libération hâtive;
- faciliter la présentation, par les syndics, d'objections à la libération d'un failli et de rendre plus difficile la tâche des faillis pour contester les objections;
- dire clairement que le tribunal peut annuler une faillite, que le failli ait été insolvable ou non lorsque la requête en faillite a été acceptée;
- relever le seuil de revenu aux fins des accords sur la dette.

Les modifications au *Bankruptcy Act 1966* et à son règlement d'application sont entrées en vigueur le 5 mai 2003 et ont relevé le seuil de revenu pour les accords sur la dette à plus de 50 000 $ (après impôt), ce qui fait augmenter le nombre de débiteurs qui peuvent se prévaloir de ce genre d'accord.

D. Nouvelle-Zélande

En Nouvelle-Zélande, les questions de faillite et d'insolvabilité relèvent principalement du *Insolvency Act 1967* (insolvabilité des particuliers), du *Companies Act 1993* (liquidation de sociétés) et du *Receiverships Act 1993* (mise sous séquestre de sociétés). Le *Corporations (Investigations and Management) Act 1989* peut servir lorsque le gouvernement souhaite assujettir un groupe complexe de sociétés à une gestion en vertu de la loi. Le New Zealand Insolvency and Trustee Service – par l'entremise du bureau du syndic officiel (ministère du Commerce) – est le seul organisme ayant le pouvoir d'administrer les faillites personnelles, et la Haute Cour a compétence dans toutes les affaires d'insolvabilité.

La législation néo-zélandaise sur l'insolvabilité offre un certain nombre de possibilités aux personnes qui éprouvent des difficultés financières :

- un regroupement de créanciers dans lequel tous les créanciers acceptent de recevoir par versements réguliers un paiement sur leur créance;
- il s'agit d'un compromis avec les créanciers, par lequel on s'entend sur le paiement d'une partie de la dette qui tient lieu de règlement intégral;
- une ordonnance sommaire de versement, ordonnance rendue par un juge de cour de district qui permet à une personne ayant des dettes inférieures à un certain montant de les rembourser par des versements réguliers sans faire l'objet d'autres procédures pendant que l'ordonnance s'applique;
- la faillite, dont l'initiative peut venir du débiteur ou du créancier.

Le débiteur qui préfère déclarer faillite dépose une requête auprès du tribunal de grande instance. La mise en faillite peut également être demandée par le créancier, qui présente une requête au tribunal de grande instance. Celui-ci décide si le débiteur doit être déclaré en faillite sur la foi des éléments de preuve produits par le créancier et le débiteur (ou son représentant). Le séquestre officiel, qui est un agent du tribunal de grande instance, est le syndic, et il doit administrer équitablement et en toute indépendance les affaires du failli, liquider les actifs non exemptés et répartir le produit équitablement entre les créanciers. Il peut aussi prendre des dispositions pour la libération du failli, s'il y a lieu.

Les biens exemptés comprennent les meubles et les effets personnels, l'argent, les outils professionnels, jusqu'à concurrence d'un certain montant maximum dans chaque cas. Le séquestre officiel décide si le débiteur conserve son véhicule, et tient compte dans sa décision de la valeur du véhicule et de la situation personnelle du débiteur. Les polices d'assurance deviennent également la propriété du séquestre officiel et peuvent être liquidées au profit des créanciers, et les polices de retraite qui ont une valeur de rachat peuvent également être

liquidées. Les faillis restent chargés de certaines dettes, dont les amendes imposées par le tribunal, les paiements d'entretien et les pensions alimentaires pour enfants.

En général, le failli est automatiquement libéré au troisième anniversaire de sa faillite, bien qu'on puisse demander une libération plus rapide au tribunal de grande instance. Le séquestre officiel ou un créancier peuvent toutefois s'opposer à la libération ou demander une libération conditionnelle. En cas d'objection à une libération automatique, le tribunal de grande instance décide de la date de libération. Enfin, en Nouvelle-Zélande, les faillis peuvent demander l'annulation d'une faillite. Il faut dans ce cas que le tribunal de grande instance annule l'ordonnance de faillite. Il peut y avoir annulation si l'ordonnance de faillite n'aurait pas dû être prise; si l'ensemble des dettes, droits et dépenses de faillite du débiteur ont été acquittés intégralement; ou si les créanciers acceptent une proposition concordataire.

Dans le cas des faillites de sociétés, il existe plusieurs moyens de mettre une société en liquidation : résolution spéciale des actionnaires de l'organisation; décision du conseil d'administration lorsque se produit un fait précisé dans les statuts; décision du tribunal, sur présentation d'une requête de la société, d'un administrateur, d'un actionnaire ou d'un créancier. Le séquestre est nommé; il a la garde et le contrôle des actifs de l'organisation; il établit un rapport sur les biens et le passif et le remet aux créanciers, et les biens sont vendus au profit des créanciers qui ont présenté une requête en liquidation; des dividendes sont versés aux créanciers selon l'ordre de priorité établi dans le *Companies Act.*

En mai 1999, la Nouvelle-Zélande a lancé un examen de sa législation sur l'insolvabilité pour :

- offrir un régime prévisible et simple qui puisse être administré rapidement et efficacement, qui impose aux utilisateurs le minimum de frais d'application et de réglementation et ne paralyse pas l'innovation, une prise de risques responsable ni l'entrepreneuriat en pénalisant de façon excessive les échecs des entreprises;
- distribuer le produit des créanciers selon leurs droits relatifs d'avant l'insolvabilité, à moins que l'intérêt public n'exige qu'il en soit autrement;
- maximiser le rendement pour les créanciers;
- permettre aux faillis de participer de nouveau à fond à la vie économique de la collectivité;
- assurer une coopération internationale dans les cas d'insolvabilité dans un contexte international.

Les documents de débat public ont été publiés à compter de février 2001. Depuis, le ministère du Développement économique a annoncé que la loi serait modifiée sur un certain nombre de points. Plus particulièrement, les initiatives suivantes ont été annoncées :

- maintien de la responsabilité de l'État dans l'administration des faillites;

- système de libération des entreprises, analogue à ce qui existe en Australie, qui constituera une solution de rechange permettant au débiteur – organisation ou particulier – de conclure un arrangement exécutoire avec les créanciers;
- solution de rechange à la faillite, une procédure « sans actifs » pour les débiteurs à faible revenu ayant peu de biens réalisables, voire aucun;
- imposition de sanctions pénales aux administrateurs qui ont agi de mauvaise foi pour nuire aux intérêts légitimes des créanciers;
- relèvement du montant maximum auquel les employés ont droit – au titre des salaires impayés et de la rémunération des vacances – en cas d'insolvabilité de leur employeur et adoption des indemnités de départ comme un droit de l'employé;
- relèvement du plafond pour les ordonnances sommaires de versement;
- adoption de la loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international pour les cas d'insolvabilité transfrontières.

On prévoit que, après les consultations publiques sur l'avant-projet de loi, les modifications seront adoptées au plus tard en 2004.

ANNEXE E :

Témoins et mémoires :

Advocis
- M. Steve Howard, CA, président-directeur général (mercredi 14 mai 2003)
- M. Edward Rothberg, avocat général (mercredi 14 mai 2003)

Alberta Law Reform Institute
- Professeur C.R.B. (Dick) Dunlop, professeur, conseiller spécial (jeudi 18 septembre 2003)
- M. Peter J.M. Lown, directeur (jeudi 18 septembre 2003)

Alliance canadienne des associations étudiantes
- M. Rob South, agent des relations gouvernementales (mercredi 14 mai 2003)

Association des banquiers canadiens
- (mémoire)

Association canadienne des consommateurs
- M. Mel Fruitman, président-directeur général (mercredi, 17 septembre 2003)

Association des commissions des accidents du travail du Canada
- M. John Solomon, président, Commission des accidents du travail de la Saskatchewan (jeudi 15 mai 2003)
- M. Jim Lee, président, Commission des accidents du travail de l'Île-du-Prince-Édouard (jeudi 15 mai 2003)
- M. Douglas Mah, avocat général, Commission des accidents du travail de l'Alberta (jeudi 15 mai 2003)
- M. Maurice Cloutier, avocat général, Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec (jeudi 15 mai 2003)

Association des distributeurs de REEE du Canada
- Mme Doreen G. Johnston, présidente, Réglementation des valeurs mobilières (mercredi, 17 septembre 2003)

Association des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation
- M. Larry Prentice, président de l'ACPIR; syndic de faillite, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professionals) et CA-CIRP (CA-spécialiste en insolvabilité et en réorganisation) (jeudi 8 mai 2003)
- M. Jean-Yves Fortin, président de l'IIC, avocat (jeudi 8 mai 2003)
- M. Andy Kent, membre du conseil de l'IIC, avocat (jeudi 8 mai 2003)

Association des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation (suite)

- M. William Courage, vice-président de l'ACPIR, syndic de faillite, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professionals) et CA-CIRP (CA-spécialiste en insolvabilité et en réorganisation) (jeudi 8 mai 2003)
- M. Alan Spergel, coprésident de l'ACPIR, Comité des pratiques en matière d'insolvabilité personnelle, syndic de faillite, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professionals) et CA-CIRP (CA-spécialiste en insolvabilité et en réorganisation) (jeudi 8 mai 2003)
- M. Stéphane LeBlond, vice-président de l'ACPIR, Comité des pratiques en matière d'insolvabilité personnelle, syndic de faillite, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professionals) et CA (jeudi 8 mai 2003)
- M. George Lomas, membre de l'IIC, Comité en matière d'insolvabilité personnelle, syndic de faillite, FCA, FCIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professionals) et CA-CIRP (CA-spécialiste en insolvabilité et en réorganisation) (jeudi 8 mai 2003)

Association du Barreau canadien

- M. David F. W. Cohen, président, Section nationale de la faillite et de l'insolvabilité (mercredi 4 juin 2003)
- M. Robert A. Klotz, membre de l'exécutif et ancien président, Section nationale de la faillite et de l'insolvabilité (mercredi 4 juin 2003)
- M. E. Patrick Shea, membre, Section nationale de la faillite et de l'insolvabilité (mercredi 4 juin 2003)
- Mme Tamra L. Thomson, directrice, Législation et réforme du droit (mercredi 4 juin 2003)

M. Ryan Bailey

- Ontario Society of Professional Engineers (mémoire)

Professeur Douglas Barbour

- Département d'anglais, Université de l'Alberta (mémoire)

Me Hélène Beaulieu

- (mémoire)

M. David E. Baird, r.c.

- avocat, Torys LLP (jeudi 25 septembre 2003)

Professeur Vaughan Black

- Professeur de droit, Université de Dalhousie (mémoire)

Commission des valeurs mobilières de l'Ontario

- (mémoire)

Congrès du travail du Canada

- M. Hassan Yussuff, secrétaire-trésorier (mercredi, 17 septembre 2003)
- M. Bob Baldwin, directeur, Politique sociale et économique (mercredi, 17 septembre 2003)
- M. Murray Gold, associé, Koskie Minsky (mercredi, 17 septembre 2003)

Conseil du Crédit du Canada
- M. Pran Bahl, président (mercredi, 17 septembre 2003)
- M. Pierre R. Ouellette, directeur général (mercredi, 17 septembre 2003)

Credit Union Central of British Columbia
- (mémoire)

Professeur R.C.C. Cuming
- Professeur de droit, Université de la Saskatchewan (mémoire)

M. Jean-Claude Delorme
- Président du Conseil consultatif de gestion du Gureau du surintendant des faillites (jeudi 25 septembre 2003)

Développement des ressources humaines du Canada
- M. Andrew Treusch, sous-ministre adjoint, Programme d'investissement dans la personne (mercredi 1er octobre 2003)
- M. Dave Cogliati, directeur général, Direction des programmes canadiens des prêts étudiants (mercredi 1er octobre 2003)

Mme Viola Doucet
- (mercredi 14 mai 2003)

Professeur Elizabeth Edinger
- Doyenne associé de droit, Université de la Colombie Britannique (mémoire)

Equifax Canada
- M. Mel Zwaig, président et directeur général, Zwaig Consulting Inc. (mercredi 1er octobre 2003)
- M. E. Bruce Leonard, Cassels Brock & Blackwell (mercredi 1er octobre 2003)
- M. David S. Ward, Cassels Brock & Blackwell (mercredi 1er octobre 2003)

Fédération canadienne de l'entreprise indépendante
- M. Garth Whyte, vice-président exécutif (mercredi 1er octobre 2003)
- M. André Piché, directeur, Affaires nationales (mercredi 1er octobre 2003)

Fédération canadienne des étudiants
- M. Michael Conlon, dir1ecteur de la recherche (mercredi 14 mai 2003)

Mme Lori K. Gravestock
- (mémoire)

Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle
- M. Saul Schwartz, École des politiques publiques et de l'administration, Université de Carleton (mercredi 24 septembre 2003)
- M. Dave Stewart, chef des projets spéciaux, Bureau du surintendant des faillites (mercredi 24 septembre 2003)

Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle (suite)

- Mme Guylaine Houle, Litwin Boyadjian inc. (mercredi 24 septembre 2003)

Industrie Canada

- Mme Marie-Josée Thivierge, directrice générale, Direction générale des politiques-cadres du marché (mercredi 7 mai 2003)
- M. Marc Mayrand, surintendant des faillites, Bureau du surintendant des faillites (mercredi 7 mai 2003)
- M. Jim Buchanan, chef de projet principal, Secteur des politiques (mercredi 7 mai 2003)
- M. Dave Stewart, chef de projet principal, Bureau du surintendant des faillites (mercredi 7 mai 2003)

Institut de la propriété intellectuelle du Canada

- M. John Baker, président sortant (mercredi 24 septembre 2003)
- M. Warren Sprigings, président du Comité des licences (mercredi 24 septembre 2003)
- M. Rodney Kyle, membre du Comité des licences (mercredi 24 septembre 2003)
- M. Michel Guérin, directeur général (mercredi 24 septembre 2003)

Institut d'insolvabilité du Canada

- M. Larry Prentice, président de l'ACPIR; syndic de faillite, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professionals) et CA-CIRP (CA-spécialiste en insolvabilité et en réorganisation) (jeudi 8 mai 2003)
- M. Jean-Yves Fortin, président de l'IIC, avocat (jeudi 8 mai 2003)
- M. Andy Kent, membre du conseil de l'IIC, avocat (jeudi 8 mai 2003)
- M. William Courage, vice-président de l'ACPIR, syndic de faillite, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professionals) et CA-CIRP (CA-spécialiste en insolvabilité et en réorganisation) (jeudi 8 mai 2003)
- M. Alan Spergel, coprésident de l'ACPIR, Comité des pratiques en matière d'insolvabilité personnelle, syndic de faillite, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professionals) et CA-CIRP (CA-spécialiste en insolvabilité et en réorganisation) (jeudi 8 mai 2003)
- M. Stéphane LeBlond, vice-président de l'ACPIR, Comité des pratiques en matière d'insolvabilité personnelle, syndic de faillite, CIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professionals) et CA (jeudi 8 mai 2003)
- M. George Lomas, membre de l'IIC, Comité en matière d'insolvabilité personnelle, syndic de faillite, FCA, FCIRP (Chartered Insolvency and Restructuring Professionals) et CA-CIRP (CA-spécialiste en insolvabilité et en réorganisation) (jeudi 8 mai 2003)

Institut international d'insolvabilité

- M. Bruce Leonard, président (mercredi 4 juin 2003)

M.Bert van Leeuwen

- Président, BVL Industrial Design Ltd (mémoire)

M. Bob van Leeuwen

- Président, van Leeuwen Engineering Limited (mercredi 4 juin 2003)

M. Bruce Leonard
- Président, Institut international d'insolvabilité; Cassels Brock & Blackwell (mercredi 4 juin 2003 et mercredi 1er octobre 2003) (mémoire)

M. Andrew J. F. Kent
- (mémoire)

M. Robert A. Klotz
- Membre de l'exécutif et ancien président, Section nationale de la faillite et de l'insolvabilité (mercredi 4 juin 2003) (mémoire)

M. Max Mendelsohn
- Président du cabinet et chef du groupe des réorganisations et de l'insolvabilité de Mendelsohn, s.e.n.c. (jeudi 25 septembre 2003)

Métallurgistes unis d'Amérique
- M. Lawrence BcBrearty, directeur national (mercredi 17 septembre 2003)

M. Brian P. O'Leary
- (mémoire)

Mme Nancy May
- (mémoire)

Omega-One Ltd.
- M. Bob Gilmour, directeur, Récupération des actifs, Sears Canada Inc. (mercredi 14 mai 2003)
- M. John D. Owen, directeur (mercredi 14 mai 2003)

Periodical Writers Association of Canada
- (mémoire)

M. Michael Petrasek
- Gestionnaire des droits d'auteur, Playwrights Guild of Canada (mémoire)

A.C. Poirier & Associates
- M. Paul A. Stehelin, Syndic de faillite (mercredi 14 mai 2003)

Professeur Iain D.C. Ramsay
- Professeur de droit, Osgoode Hall Law School (mémoire)

Professeur Janis Sarra
- Université de la Colombie-Britannique (jeudi 18 septembre 2003)

TCA-Canada
- M. Lewis Gottheil, avocat (mercredi, 17 septembre 2003)

Professeur Thomas Telfer

- Professeur associé de droit, Université Western Ontario (jeudi 29 mai 2003)

Union des consommateurs

- Mme Hélène Talbot, conseillère budgétaire, Association canadienne des études fiscales du Nord de Montréal (mercredi 14 mai 2003)
- M. Luc Rochefort, analyste, Politiques et réglementation en matière de budget, de crédit et d'endettement (mercredi 14 mai 2003)

Union des écrivains du Canada

- Mme Marian Dingman Hebb, avocate (jeudi 15 mai 2003)
- Mme Deborah Windsor, directrice générale (jeudi 15 mai 2003)

Professeur Roderick J. Wood

- Professeur de droit, Université de l'Alberta (mémoire)

Professeur Keith Yamauchi

- Université de Calgary (mercredi 1er octobre 2003)

Professeur Jacob Ziegel

- Université de Toronto (jeudi 29 mai 2003)